

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### La face cachée du scrutin secret en droit communal

Nihoul, Marc

*Published in:*  
Rev. dr. comm.

*Publication date:*  
2007

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Nihoul, M 2007, 'La face cachée du scrutin secret en droit communal: son champ d'application', *Rev. dr. comm.*, p. 21-43.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# La face cachée du scrutin secret en droit communal: son champ d'application

Marc NIHOUL,  
Chargé de cours aux FUNDP de Namur  
Directeur du centre Projucit<sup>1</sup>  
Avocat au barreau de Bruxelles

«Le soupçon est toujours errant autour du mystère»  
(BENTHAM)<sup>2</sup>

Contrairement à ce que l'on peut lire en doctrine et jurisprudence, parfois même en législation, le scrutin secret ne s'impose pas à toutes les délibérations communales relatives aux questions de personnes. Il ne doit être respecté que dans les hypothèses précises visées par la loi, dont la jurisprudence administrative donne certes une interprétation large en pratique, tout en réservant cependant le dispositif aux questions corrélatives de personnel ou de fonctionnement des institutions communales. C'est ce qui ressort de l'analyse de l'article 100 de la Nouvelle loi communale, devenu l'article L1122-27 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation en Région wallonne. Une analyse qui ne vaut toutefois plus directement en Région flamande où l'article 35 du décret communal flamand du 15 juillet 2005 dispose autrement. La notion d'affaires individuelles en matière de personnel y est notamment consacrée.

L'on sait que la «section du contentieux administratif»<sup>3</sup> du Conseil d'Etat éprouve parfois des difficultés à assurer l'unité de sa jurisprudence en l'absence de tribunaux administratifs de première instance. La récente réforme du Conseil d'Etat tente d'ailleurs de pallier cette difficulté en donnant aux présidents de chambre et à l'auditeur général, en plus des premier président et président, la possibilité de saisir l'assemblée générale à cette fin. L'une des questions susceptibles d'être abordées prochainement dans ce cadre pourrait viser le champ d'application du scrutin secret en droit communal si l'on en croit les développements qui y sont consacrés dans la présente contribution.

**1. Les données du «problème».** Depuis 1994, l'article 100 de la Nouvelle loi communale est libellé comme suit:

«Sans préjudice de l'alinéa 4, les membres du conseil votent à haute voix.

Le règlement d'ordre intérieur peut prévoir un mode de scrutin équivalent au vote à haute voix. Sont considérés comme tels, le vote nominatif exprimé mécaniquement et le vote par assis et levé ou à main levée.

Nonobstant les dispositions du règlement d'ordre intérieur, le vote se fait à haute voix chaque fois qu'un tiers des membres présents le demande.

Seules les présentations de candidats, les nominations aux emplois, les mises en disponibilité, les suspensions préventives dans l'intérêt du service et les sanctions disciplinaires font l'objet d'un scrutin secret, à la majorité absolue des suffrages.

Lorsqu'il est membre du conseil, le président vote en dernier lieu.

L'alinéa précédent n'est pas applicable aux scrutins secrets»<sup>4</sup>.

En Région wallonne, la disposition figure désormais telle quelle à l'article L1122-27 du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation<sup>5</sup>. Le scrutin secret s'accompagne d'une majorité absolue, à savoir l'exigence de plus de cinquante pour cent<sup>6</sup> des votes émis (à l'exclusion des votes blancs ou nuls).

Plusieurs autres dispositions légales renvoient à l'article 100 de la Nouvelle loi communale pour étendre, dans les mêmes termes, le scrutin secret à d'autres organes délibérants. Tel est par exemple le cas de l'article 106, alinéa 4, de la Nouvelle loi communale – désormais article L1123-22, alinéa 4, du Code wallon précité – en ce qui concerne les séances du collège des bourgmestre et échevins ou de l'article 27 de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux en ce qui concerne le conseil de police<sup>7</sup>. D'autres la copient purement et simplement, aux mêmes fins, tel l'article L2212-16,

1. Protection juridique du citoyen, centre de recherche fondamentale: [www.projucit.be](http://www.projucit.be).

2. Cité par M. SÉRON à la Chambre des représentants lors de l'élaboration de la loi communale, *M.B.*, 21 mars 1835, 4<sup>e</sup> feuillet juste avant d'observer qu'«*Avant votre révolution de 1830, on réclamait de toutes parts en Belgique la publicité des séances des corps administratifs*» et de dénoncer l'attachement du gouvernement à la clandestinité. La suite de l'extrait est la suivante: «*Il (le soupçon) croit voir un crime où il y a une affectation du secret, et il se trompe rarement, car pourquoi cacher si l'on ne craint pas d'être vu? Autant il importe à l'improbité de s'entourer de ténèbres, autant il importe à l'innocence de marcher au grand jour de peur d'être prise pour son adversaire. (...) Mettez-vous dans l'impossibilité de rien faire à l'insu du peuple, prouvez-lui que vous ne pouvez ni le tromper ni le surprendre, vous enlèverez au mécontentement toutes les armes qu'il aurait pu tourner contre vous. (...) La calomnie perd sa force; ses couleuvres se nourrissent de venin dans les cavernes, l'éclat du jour leur est mortel. (...) L'efficacité de ce grand moyen s'étend à tout; législation, administration, judicature. Sans publicité, point de bien permanent. Sous les auspices de la publicité point de mal durable*».

3. La loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Etrangers adapte en effet le nom de la section d'administration du Conseil d'Etat de manière à mieux rendre compte de son recentrage sur sa mission essentielle. Voir «La réforme du Conseil d'Etat», *A.P.T.*, 2007, numéro spécial à paraître.

4. Souligné par nos soins à l'aide des caractères ordinaires.

5. Voir aussi l'article 38 du modèle commenté de Règlement d'ordre intérieur du Conseil communal proposé par l'U.V.C.W., *Mouv. comm.*, 2007, p. 9.

6. C'est-à-dire une voix de plus.

7. Voir aussi la circulaire ZPZ 22 du Ministère de l'Intérieur du 5 septembre 2001 relative à l'article 247 de la LPI, *M.B.*, 11 octobre 2001, p. 35.246.

alinéa 4, du Code wallon précité en ce qui concerne les séances du conseil provincial. D'autres, encore, prévoient le scrutin secret de manière comparable mais pour d'autres actes et dans d'autres dispositions du droit communal, tel l'article 15, alinéa 2, de la Nouvelle loi communale devenu, en Région wallonne, l'article L1123-8, alinéa 2, du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation: l'élection des échevins a lieu au scrutin secret et à la majorité absolue par le conseil<sup>1</sup>.

Or, dans un arrêt Jacquemart et consorts n° 101.623 du 7 décembre 2001, la huitième chambre de la section d'administration du Conseil d'Etat a considéré que:

«(...) *malgré le libellé de cette disposition, une jurisprudence bien établie considère qu'elle impose le scrutin secret chaque fois que les conseillers communaux sont appelés à émettre un vote dans une affaire qui intéresse une ou des personnes déterminées; (...) en vertu de l'article 106, alinéa 3, de la Nouvelle loi communale, son article 100 est applicable, sans restriction, aux séances du collège des bourgmestre et échevins; (...) le risque d'insécurité juridique invoqué par la partie adverse est inexistant compte tenu de la jurisprudence dont il a été fait état; (...) enfin, l'article 94 de la même loi porte que «la séance du conseil communal n'est pas publique lorsqu'il s'agit de questions de personnes» ce qui ne le dispense pas de voter au scrutin secret*»<sup>2</sup>.

En conséquence, le Conseil d'Etat annule les délibérations du collège concerné en l'espèce, qui attribuaient une appréciation globale définitive «R» (réservé) aux requérants, au motif que ces délibérations ont eu lieu par vote à main levée et non au scrutin secret. Aujourd'hui encore, pourtant, l'appréciation globale définitive ne fait pas partie des décisions énumérées de manière limitative par l'article 100, alinéa 4, de la Nouvelle loi communale...

A notre estime, le rôle du juge est essentiel dans une société démocratique<sup>3</sup>. Ce rôle est toutefois limité et il n'implique pas que le juge puisse déformer la loi. Dans le système préconisé par DE TOCQUEVILLE, il est l'une des deux branches exécutives et, à ce titre, il est soumis à la loi. Comment dès lors, dans ce contexte, peut-on en arriver à considérer qu'une «*jurisprudence bien*

*établie*» – présentée à ce titre comme conforme au principe de sécurité juridique, principe jugé à ce point essentiel par la Cour d'arbitrage qu'elle lui a «*découvert*» une valeur constitutionnelle – s'écarte expressément du libellé parfaitement clair d'une disposition légale, en reconnaissant d'ailleurs au passage que l'interprétation donnée au texte l'est «*malgré le libellé de cette disposition*»? Telle est la question très précise posée dans les lignes qui suivent.

La question est d'autant plus pertinente que la doctrine, en général, ne paraît pas (trop) s'émouvoir de cette contradiction manifeste entre le texte de la loi et son interprétation en jurisprudence, alors même qu'il n'en a pas toujours été ainsi<sup>4</sup>. Elle l'est encore davantage si l'on sait que dans le célèbre arrêt de Lobkowicz n° 113.551 du 12 décembre 2002, c'est-à-dire dans un arrêt postérieur à celui qui vient d'être cité, la même chambre de la même juridiction et composée de manière identique a rendu une décision qui va exactement dans le sens contraire. Il s'agit de l'affaire du bourgmestre de la commune d'Uccle dans laquelle M. Stéphane LOBKOWICZ invoquait, entre autres, l'irrégularité d'une décision communale visant à introduire une requête en intervention à la procédure en annulation pendante contre l'arrêté royal du 22 mai 2001 nommant M. Claude DESMEDT en qualité de bourgmestre d'Uccle et n'accueillant donc pas sa candidature.

Or, dans cette affaire, à l'estime de la huitième chambre du Conseil d'Etat, la décision d'introduire un recours contre une nomination n'entrerait pas dans les prévisions de l'article 100, alinéa 4, de la Nouvelle loi communale. Ne s'agit-il pourtant pas du prototype même de décision qui, pour reprendre les termes utilisés par le Conseil d'Etat un an plus tôt, revient à «*émettre un vote dans une affaire qui intéresse une ou des personnes déterminées*»? La décision est d'autant plus étonnante que la partie intervenante avait pris soin d'invoquer littéralement la formule avancée par le Conseil d'Etat dans son arrêt n° 101.623 du 7 décembre 2001<sup>5</sup>. En outre, comme il sera montré ci-dessous, la jurisprudence fixée jusqu'alors par le Conseil d'Etat allait clairement dans le sens opposé, spécialement en

1. Voir aussi les articles 332, alinéas 3 et 7, de la Nouvelle loi communale et L1413-1, alinéas 3 et 8, du Code wallon relatifs à l'élection des membres du bureau de district.

2. C.E., *Jacquemart et crts*, n° 101.623, 7 décembre 2001, *A.P.M.*, 2002, p. 8 et *T. Gem.*, 2002, p. 177 et note J. DUJARDIN, «Het toepassingsgebied van de verplichting tot geheime stemming». A partir de l'année judiciaire 1994-95, la jurisprudence du Conseil d'Etat est accessible sur le site [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be).

3. Dans cet esprit, l'obligation est par exemple faite à l'administration, en vertu du droit commun, de demander au juge l'autorisation de recourir à l'exécution forcée préalablement à toute mesure de cet ordre, à l'exception des cas dans lesquels la loi établit l'exécution d'office ou dans lesquels il y a urgente nécessité. Voir M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, La Chartre, 2001. *Contra*: P. GOFFAUX, *L'inexistence des privilèges de l'administration et le pouvoir d'exécution forcée*, Bruxelles, Bruylant, 2002 et *C.D.P.K.*, 2001, pp. 346 à 352.

4. F. DEBAETS, *Droit communal, Commentaire permanent*, t. I, Namur-Bruxelles, U.G.A., 1980, n° 121.323.20: «Il est évident qu'au préalable, cette modification de la jurisprudence n'a pas avantage la garantie légale. Mais vu les arrêts plus récents, le changement peut être considéré comme définitif»; J.-M. LEBOUTTE, in P. LAMBERT (dir.), *Manuel de droit communal, La Nouvelle loi communale*, t. I, Bruxelles, Nemesis, 1992, p. 138 et note 65; P. THIEL, «La démocratie communale», in *Communes et Région: quel partenariat pour le XXI<sup>e</sup> siècle?*, Actes de colloque, Namur, U.V.C.W., 1999, p. 30; C. HAVARD, *Manuel pratique de droit communal en Wallonie*, Bruxelles, La Chartre, 2006, n° 84.2, pp. 132 et 133.

5. Au terme de l'article 100, alinéa 4, de la Nouvelle loi communale, selon lui, «*Le scrutin secret est obligatoire chaque fois que les conseillers communaux sont appelés à émettre un vote dans une affaire qui intéresse une ou des personnes déterminées. L'intervention dans le cadre d'une procédure mettant en cause la légalité de la nomination du bourgmestre est incontestablement une affaire qui intéresse une personne déterminée*». En conséquence, tant le collège que le conseil communal devaient voter au scrutin secret.

ce qui concerne le recours contre une nomination, généralement considéré comme «*étant encore de la nomination*»<sup>1</sup>. Manifestement, le Conseil d'Etat ne souhaitait pas arriver à la conclusion, dans l'espèce uccloise, que la requête en intervention de la commune était irrecevable. Mais la fin peut-elle justifier les motifs? Même en jurisprudence – surtout en jurisprudence parce qu'il y va précisément de justice – il ne peut y avoir deux poids deux mesures. Or, dans un arrêt plus récent, le Conseil d'Etat en revient explicitement à sa jurisprudence Jacquemart concernant le vote sur le recours à la procédure de suspension préventive et l'audition d'un agent, considéré comme intéressant une personne déterminée<sup>2</sup>... L'extrait de l'arrêt n° 101.623 du 7 décembre 2001, faisant état d'une jurisprudence bien établie, y est expressément cité pour établir le scrutin secret dans toute affaire intéressant une ou des personnes déterminées.

L'égalité juridique entre les justiciables dans l'interprétation de la norme ne peut dépendre ni de l'affaire... ni de la langue du juge appelé à se prononcer en l'espèce! L'on sait pourtant que les chambres francophones et néerlandophones du Conseil d'Etat ne sont pas toujours sur la même longueur d'onde en matière d'interprétation du droit<sup>3</sup>. Le scrutin secret communal serait l'occasion d'illustrer une nouvelle fois le constat<sup>4</sup>. Car dans un arrêt Van Der Elst n° 63.418 du 4 décembre 1996, la quatrième chambre néerlandophone du Conseil d'Etat développe une interprétation tellement stricte de la disposition litigieuse qu'il est permis de se demander si l'excès inverse n'est pas commis en ce qui concerne le Nord du pays. L'arrêt sera largement commenté plus loin car l'interprétation retenue y est largement motivée. Etaient visée en l'occurrence une décision communale de révocation d'office et sans préavis pour abandon de poste. N'étant pas de nature disciplinaire, à l'estime des conseillers d'Etat, une telle mesure ne peut pas entrer dans l'une des catégories mentionnées à l'article 100 de la Nouvelle loi communale. Avec cette circonstance particulière que la révocation figurait pourtant explicitement par-

mi les mesures visées par le scrutin secret dans la version du texte antérieure à 1991, applicable *in casu*...

**2. L'évolution du texte en législation.** C'est que le texte même de la disposition commentée a considérablement évolué à travers le temps. A telle enseigne qu'il convient de situer la jurisprudence bien établie, dont il est fait état dans l'arrêt du 7 décembre 2001, et qui date en réalité d'une version largement antérieure à 1994 de l'article 100 de la Nouvelle loi communale appliqué. Il s'agissait, à l'époque, de l'article 66 de ce qu'il convient d'appeler désormais l'ancienne loi communale, avant sa codification dans la Nouvelle loi communale par arrêté du 24 juin 1988... aujourd'hui partiellement «remplacée» par le Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation. Dans sa version antérieure, la disposition prescrivait déjà le vote au scrutin secret lorsqu'il s'agissait de la présentation de candidats, de nominations aux emplois, de révocations ou de suspensions. Elle était déjà libellée sur le mode de l'exception, mais avec des mots différents.

En réalité, plusieurs versions de la même disposition se sont succédées dans le temps. Elles peuvent être résumées comme suit, pour ce qui concerne le champ d'application du scrutin secret<sup>5</sup>.

Au départ, en 1836, le texte de l'ancien article 66 de la loi communale disposait que:

«*Les membres du conseil votent à haute voix, excepté lorsqu'il s'agit de présentation de candidats, nomination aux emplois, révocations ou suspensions, lesquelles se font au scrutin secret et également à la majorité absolue. Le président vote le dernier*».

En 1991, l'article 66 a été très légèrement modifié pour tenir compte de l'ajout de nouvelles peines disciplinaires à la suspension et la révocation, les deux seules connues à l'origine par l'«*ancienne*» loi communale. Une loi du 30 juillet 1993 avait toutefois déjà ajouté l'avertissement et la réprimande à la panoplie disciplinaire – mais sans les inclure dans le champ d'application du scrutin secret<sup>6</sup> –. La loi du 24 mai 1991 ajoutait cette fois la retenue sur traitement, la

1. Dans cet esprit, il pourrait être fait référence, un jour, à la théorie du parallélisme des compétences et des formes pour justifier l'application du scrutin secret à des hypothèses non expressément visées par le texte.

2. C.E., Govaert, n° 149.669, 30 septembre 2005, *A.P.M.*, 2005, p. 194. L'arrêt a été rendu selon la procédure de suspension en extrême urgence.

3. Voir parmi d'autres D. LAGASSE, «Y a-t-il deux Conseil d'Etat en Belgique?», note, *J.L.M.B.*, 1993, pp. 620 à 626; J. SOHIER, «Chambres flamandes et chambres francophones: divergences et dissonances», in B. BLÉRO (dir.), *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 699 à 731.

4. C'est du moins ce que sous-entend J. DUJARDIN in *o.c.*, *T. Gem.*, 2002, p. 178. L'auteur met en évidence la contradiction entre l'arrêt *Van Der Elst* et l'arrêt *Jacquemart* et *crt*s en des termes laissant supposer – ou plus exactement augurer – une divergence structurelle de jurisprudence.

5. D'autres modifications de la disposition visée sont en effet intervenues, mais sans portée sur l'exception étudiée. Elles attestent tout au plus l'analyse textuelle de la disposition concernée par le législateur à plusieurs reprises et accordent ainsi un poids particulier aux termes précis qui ont été utilisés.

Une loi du 30 juin 1842 est d'abord venue ajouter à l'alinéa 2 de l'article 66 les mots «*lorsqu'il est membre du conseil*».

Ensuite, déjà pour éviter toute interprétation divergente, une loi du 30 décembre 1887 apportant des modifications aux lois provinciale et communale est venue ajouter les mots «*des membres présents*» à la fin du premier paragraphe de l'article 66, et prévoir, dans des paragraphes supplémentaires, une procédure complexe pour départager les candidats si la majorité requise n'était pas obtenue au premier tour de scrutin. Cette procédure était auparavant proposée par voie de circulaire, mais donc sans force obligatoire, puisqu'une circulaire ne peut pas suppléer à la loi (*Pasin.*, 1887, p. 584).

Ensuite encore, une loi du 30 avril 1905 portant modification de certaines dispositions de la loi communale est venue supprimer les termes «*des membres présents*» et les remplacer par les mots «*des suffrages*», de manière à ne plus comptabiliser les abstentions (*Pasin.*, 1905, p. 104 et commentaire in *Revue communale*, 1905, pp. 233 à 243: «De l'abstention au sein des conseils communaux»).

6. Voir la loi du 30 juillet 1993 relative à la stabilité des emplois communaux, *Pasin.*, 1993, pp. 123 à 129.

rétrogradation et la démission d'office. Il convenait donc de remplacer les termes «*révocations ou suspensions*», mentionnés dans l'article 66, à l'instar d'un certain nombre d'autres dispositions, par l'expression plus générale «*et de sanctions disciplinaires*»<sup>1</sup>. Ce qui fut fait. Avec pour conséquence nouvelle en réalité, d'inclure l'avertissement et la réprimande dans le champ d'application du scrutin secret...

Ce n'est qu'en 1994 que la mise en disponibilité et la suspension dans l'intérêt du service – qui, pour rappel, ne sont pas des sanctions disciplinaires – ont été ajoutées aux hypothèses du vote secret exceptionnel. Fort étrangement, aucune discussion n'a eu lieu au Parlement sur ce point. A vrai dire, c'est la section de législation du Conseil d'Etat qui, dans son avis du 7 juillet 1993 sur l'avant-projet de loi concerné, a indiqué de manière très péremptoire au ministre de l'intérieur de l'époque, c'est-à-dire sans aucune explication, qu': «En ce qui concerne l'alinéa 3 de l'article 100 en projet, il doit mentionner également la mise en disponibilité et la suspension dans l'intérêt du service»<sup>2</sup>. Et le ministre d'obtempérer dans le texte soumis aux chambres à l'époque.

Depuis la loi du 11 juillet 1994, par contre, le texte a été sensiblement modifié dans le sens déjà mentionné ci-dessus. C'est à cette occasion précise que l'exception a changé de formulation. Le vote à haute voix «*excepté*» dans certains cas est devenu le scrutin secret pour les «*seules*» décisions mentionnées. Mais à défaut de précision ou de la moindre explication à ce sujet dans les travaux préparatoires, les termes doivent être interprétés de manière équivalente. Dans le cas contraire, le terme «*seules*» paraît plus strict, nous semble-t-il, comparé au terme «*excepté*»...

Dans le principe, nonobstant, on peut écrire que c'est le texte original de la loi communale – celui de 1836 –, pour l'essentiel, qui a donné lieu à l'interprétation large invoquée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt n° 101.623 du 7 décembre 2001. Dès ce moment, il résultait en effet clairement de la disposition originale que le vote oral était la règle générale, et le vote au scrutin secret l'exception<sup>3</sup>.

**3. L'interprétation du texte en jurisprudence, selon la doctrine récente.** Il n'est pas étonnant, dans ce contexte et aux yeux de la doctrine récente s'étant attardée sur cette question de détail, que la première interprétation

retenue par la Haute juridiction administrative du texte de l'article 66 de l'ancienne loi communale était stricte – et non restrictive<sup>4</sup>, ce qui reviendrait en réalité à diminuer la portée du texte –. Une telle interprétation paraît en tout cas conforme aux principes classiques de l'interprétation, en présence d'une énumération des cas auxquels l'exception est applicable<sup>5</sup>.

Le Conseil d'Etat allait pourtant revoir lui-même sa propre jurisprudence en «*supposant*»<sup>6</sup> – à en croire F. DEBAETS, littéralement suivi par J.-M. LEBOUTTE sur ce point – que la disposition légale énonce un «*principe général*» selon lequel «*la liberté et l'indépendance des conseillers communaux doivent être garanties par le scrutin secret, lorsqu'ils sont appelés à émettre un vote dans des affaires qui intéressent des personnes déterminées*»<sup>7</sup>.

Le procédé est pour le moins surprenant en présence d'un texte clair. Certes, un principe général pourrait être constaté au départ d'autres textes de même valeur juridique. Mais encore faudrait-il montrer par quel procédé un tel principe serait de nature à déroger à une norme de valeur législative dès lors que sa valeur constitutionnelle ou internationale est, à l'évidence, particulièrement difficile à établir. Le principe d'égalité et de non-discrimination n'est pas invoqué et sa sanction à l'égard d'une norme de valeur législative, en toute hypothèse, requiert l'intervention de la Cour constitutionnelle.

Il en résulte – et c'est un comble en matière juridique – que l'interprétation stricte, la plus conforme au texte de loi, est aujourd'hui devenue la moins sûre à suivre par les autorités communales, eu égard à la jurisprudence du Conseil d'Etat... Et si le Conseil d'Etat venait une nouvelle fois à «*déroger*»<sup>8</sup> à sa jurisprudence, selon le terme utilisé par F. DEBAETS? Un terme pour le moins révélateur de l'incertitude qui règne en la matière... et que confirme au demeurant la contradiction en jurisprudence récente, dénoncée à juste titre en début d'article... preuve que l'insécurité juridique est aujourd'hui bien réelle!

**4. La jurisprudence du Conseil d'Etat sous la loupe: surprises!** Une recherche approfondie a permis d'observer que la jurisprudence est en réalité plus importante que prévu à la lecture des auteurs<sup>9</sup> et qu'elle est surtout plus hésitante que présentée en doctrine, mais relativement cohérente néanmoins. Plus d'une dou-

1. Voir la loi du 24 mai 1991 modifiant la Nouvelle loi communale en ce qui concerne le régime disciplinaire, *Pasin.*, 1991, pp. 1640 et s.
2. S.L.C.E., avis du 7 juillet 1993 sur un avant-projet de loi «*modifiant la Nouvelle loi communale en vue de renforcer la démocratie communale*», *Doc. parl.*, sess. ord. 1992-1993, n° 851/1, p. 37 (souligné par nos soins à l'aide des caractères ordinaires).
3. Voir la jurisprudence citée ci-dessous, nécessairement unanime sur ce point.
4. Dans ce sens pourtant: L. MARICQ, *Droit communal*, Bruxelles, Oyez, 1976, n° 331: «*d'une façon stricte et restrictive*»; F. DEBAETS, *o.c.*, t. I, 1980, n° 121.323.20; J.-M. LEBOUTTE, in *o.c.*, t. I, 1992, p. 138 et note 65; C. EERDEKENS, Réponse du 11 décembre 1995, *Q. R.*, sess. ord. 1995-1996, B. 13, p. 1318.
5. P. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck, 2002, n° 30, p. 40.
6. L'expression traduit bien une attitude volontariste.
7. F. DEBAETS, *o.c.*, t. I, 1980, n° 121.323.20; J.-M. LEBOUTTE, in *o.c.*, t. I, 1992, p. 138 et note 65; C. EERDEKENS, Réponse du 11 décembre 1995, *o.c.*, p. 1318. *Adde* P. THIEL, in *o.c.*, 1999, p. 30: «*Toute pression extérieure doit ainsi être évitée*»; C. HAVARD, *o.c.*, 2006, n° 84.2, p. 132. Il s'agit de commentaires parmi les plus autorisés aujourd'hui en matière communale.
8. Dans ce sens à propos du revirement initial: F. DEBAETS, *o.c.*, t. I, 1980, n° 121.323.20.
9. Le *Manuel de droit communal* de 1992, par exemple, cite uniquement l'arrêt n° 13.665 du 2 juillet 1969 tel que commenté par F. DEBAETS.

zaine d'arrêts ont été dénombrés pour ce qui concerne seulement la discussion relative au champ d'application du scrutin secret dans la loi communale.

*Premier arrêt en 1965: l'arrêt Daenens.* En 1965, pour la première fois, le Conseil d'Etat est amené à s'interroger à propos de la liste contenue, à l'époque, dans l'article 66 de la loi communale. Saisi d'une requête poursuivant l'annulation d'une délibération du conseil communal mettant un agent en disponibilité pour cause de suppression d'emploi, la VII<sup>e</sup> chambre du Conseil d'Etat considère, près de vingt ans après la création de celui-ci, qu'une telle mesure «*n'est pas mentionnée dans l'énumération des cas où une dérogation au scrutin à haute voix est permise; qu'elle ne peut être considérée comme, ni être assimilée à une révocation ou une suspension*»<sup>1</sup>. En conséquence, le juge administratif rejette le recours. De la sorte, on peut écrire que le Conseil d'Etat retient une interprétation stricte de la disposition litigieuse mais que, dès le départ, en réalité, il ne ferme pas la porte à une interprétation par analogie ou «*assimilation*» des dérogations énumérées dans la loi.

*Deuxième arrêt en 1969: l'arrêt Commune de Stekene et Schelfhout.* Quatre ans plus tard, c'est la révocation<sup>2</sup> d'un membre d'une commission d'assistance publique<sup>3</sup> qui fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. La question du respect de l'article 66 de la loi communale ne se pose toutefois pas directement à l'égard de la décision de révocation elle-même, prise par la députation permanente du conseil provincial concerné. Elle se pose à l'égard de la décision communale d'introduire le recours devant le Conseil d'Etat contre la décision de révocation. Pour la juridiction administrative, la décision prise au scrutin secret «*s'accorde*» avec les dispositions de l'article 66, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi communale car «*la décision d'introduire un recours contre la révocation d'un membre de la commission d'assistance publique est une question qui intéresse une personne liée de près à la gestion d'une institution communale et qui ne peut être tranchée en toute indépendance qu'au scrutin secret*»<sup>4</sup>. Aucune référence n'est faite à la volonté du législateur ou aux travaux préparatoires de la loi appliquée. Le Conseil d'Etat semble pourtant se référer à l'esprit de la loi plutôt qu'à une interprétation par analogie. A noter que le substitut de l'auditeur général DEBAETS était

d'un avis contraire quant à la solution à donner au litige, et donc favorable à l'irrecevabilité de la requête au motif que le recours avait été décidé au scrutin secret alors que l'article 66, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi communale ne prévoit le scrutin secret que pour les présentations de candidats, nominations, révocations ou suspensions. Il invoquait la jurisprudence *Daenens* dans ce sens, et donc probablement l'avis qu'il avait lui-même rendu quatre ans plus tôt. La VII<sup>e</sup> chambre du Conseil d'Etat, autrement composée, ne l'a toutefois pas suivi<sup>5</sup>.

*Troisième arrêt en 1970: l'arrêt Colle.* L'année suivante, en 1970, le Conseil d'Etat – VI<sup>e</sup> chambre, cette fois, et sur l'avis de VANDER STICHELE – est à nouveau confronté à une décision de mise en disponibilité par suppression d'emploi, perçue par l'intéressée comme une sanction déguisée. Dans son arrêt, la juridiction administrative confirme sa jurisprudence *Daenens* et rejette le recours en limitant toutefois ses considérations au constat que «*la mise en disponibilité pour cause de suppression d'emploi n'est pas mentionnée dans l'énumération des cas où une dérogation au scrutin à haute voix est prévue*»<sup>6</sup>. Dans le *Recueil*, par contre, il est expressément référé à la jurisprudence *Daenens*.

*Quatrième arrêt en 1973: l'arrêt Rutsaert et De Meyer.* Ce n'est pas à un recours contre une révocation auquel le Conseil d'Etat est confronté en 1973 dans son appréciation de l'ancien article 66 de la loi communale, mais bien à l'approbation d'une nomination. Il s'agit donc, comme en 1969, d'une décision indirecte relative à l'un des actes énumérés par la disposition à interpréter. Et comme en 1969, le Conseil fait preuve d'une ouverture à l'esprit de la loi en considérant, pour la première fois, que «*cette disposition légale énonce le principe général qui garantit la liberté et l'indépendance des conseillers communaux lorsqu'ils sont appelés à émettre un vote dans des affaires qui intéressent des personnes déterminées; qu'en vertu de l'article 27 de la loi du 10 mars 1925, le conseil communal est compétent non seulement pour examiner la légalité de la nomination soumise à son approbation, mais aussi pour vérifier si la commission a porté son choix sur le meilleur candidat; qu'il s'ensuit que le principe général énoncé à l'article 66, alinéa 2, de la loi communale s'applique aussi à l'approbation d'une nomination par le conseil communal*»<sup>7</sup>. En conséquence, le Conseil d'Etat

1. C.E., *Daenens*, n° 11.226, 11 mai 1965, *R.A.C.E.*, 1965, p. 470.

2. Le Conseil d'Etat parle tour à tour de démission d'office et de révocation.

3. Ancêtre des C.P.A.S.

4. C.E., *Commune de Stekene et Schelfhout*, n° 13.655, 2 juillet 1969, *R.A.C.E.*, 1969, p. 695.

5. Voir sur ce point la note publiée dans le recueil *précité*.

6. C.E., *Colle*, n° 14.237, 17 juillet 1970, *R.A.C.E.*, 1970, p. 470. Quant à la sanction de révocation déguisée, le Conseil d'Etat juge le moyen irrecevable dès lors qu'une voie de réclamation était ouverte contre une suppression d'emploi ayant ce caractère. A noter que le réflexe légaliste pourrait sembler similaire en 1972 lorsque le Conseil d'Etat analyse la mutation d'un agent d'un service à un autre comme une mesure d'ordre intérieur (destinée à éviter qu'après sa suspension, l'agent ne reprenne ses fonctions au sein du service où les faits ont été commis) et non comme une sanction disciplinaire (même si elle était incluse dans une délibération infligeant une «autre» sanction disciplinaire). Le Conseil d'Etat fait toutefois cette distinction après avoir considéré, dans un premier moyen, que le vote secret s'impose concernant une suspension. Le second moyen, quant à lui, est analysé comme invoquant uniquement le prononcé d'une sanction disciplinaire ne figurant pas dans la liste limitative prévue par la loi, si bien que la solution ne peut pas être vraiment considérée comme implicite sous l'angle du scrutin secret. Seule l'application de celui-ci à une mesure de suspension paraît indubitablement acquise... Voir C.E., *Boedt*, n° 15.281, 4 mai 1972, *R.A.C.E.*, 1972, p. 320.

7. C.E., *Rutsaert et De Meyer*, n° 15.920, 13 juin 1973, *R.A.C.E.*, 1973, p. 468 (souligné par nos soins).

conclut au caractère fondé du moyen et annule la décision attaquée, à savoir l'approbation de la nomination.

En revanche et en amont de la procédure de nomination, le même Conseil avait considéré qu'«aucune disposition légale ne prescrit que les conditions de nomination doivent être approuvées par le conseil communal au scrutin secret». Aucune personne n'était peut-être encore visée à ce stade... ce qui, il faut humblement le reconnaître, n'est pas toujours le cas.

A noter que l'acte concerné en l'espèce est comparable à celui en cause dans l'arrêt du 2 juillet 1969. L'approbation d'une nomination n'est pas éloignée de la contestation d'une révocation. Or, précisément, l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat est souple dans les deux cas. Et dans les deux cas, l'arrêt est rendu sur avis contraire de l'auditorat, rendu dans le dernier arrêt par un troisième acteur, en l'occurrence le premier auditeur NIMMEGEERS. Comme le renseigne en note le recueil officiel, ce dernier «posait en principe l'interprétation restrictive des dispositions imposant le scrutin secret : l'approbation d'une nomination diffère de la nomination tant sur le plan juridique que sur le plan psychologique». Pour la petite histoire, le président de la VII<sup>e</sup> chambre, dans le dernier arrêt, siégeait en qualité de conseiller à l'occasion du premier arrêt rendu en 1965. Il ne faut toutefois pas s'en étonner outre mesure, à défaut d'être informé quant au résultat d'un vote éventuellement intervenu.

*Cinquième arrêt en 1976 : l'arrêt Adam et commune de Ressaix.* C'est à la VI<sup>e</sup> chambre qu'il revenait de prononcer le cinquième arrêt, par ordre chronologique, en présence d'un président qui siégeait déjà comme conseiller lors du troisième arrêt de 1973. Et pour la première fois, en 1976, le membre de l'auditorat, différent des précédents, mais également premier auditeur, ne s'oppose pas *a priori* à l'interprétation favorable donnée par le Conseil d'Etat à l'article 66 de la loi communale. Il s'agissait pourtant, à nouveau, de se prononcer sur ce point à l'égard d'une décision relative à un acte énuméré par l'ancienne loi communale, à savoir la décision d'introduire un recours contre un arrêté royal relatif à la révocation d'un employé communal. L'arrêté royal concerné, il faut le préciser, improuvait la révocation. A noter aussi le recueil qui ne réfère plus à aucun arrêt antérieur.

L'arrêt est différent des autres en ce qu'il lie la question du scrutin secret à celle de la publicité des séances. Le Conseil d'Etat considère en effet, après avoir rappelé le libellé de l'article 66, «que l'article 71 de la loi communale qui énumère les objets des délibé-

*rations du conseil communal qui ne peuvent être traités qu'en séance publique, ne fait pas figurer parmi ceux-ci, les recours en justice; qu'il dispose de plus que «la publicité est interdite dans tous les cas où il s'agirait de questions de personnes...»<sup>1</sup>; que la décision d'introduire un recours contre un arrêté royal relatif à la révocation d'un employé communal est une question qui intéresse une personne liée de près à la gestion de la commune et qui ne peut être tranchée en toute indépendance qu'au scrutin secret; que la même raison justifie que la décision ait été prise à huis clos»<sup>2</sup>. Et l'exception d'illégalité concernant la décision communale d'introduire un recours d'être, en conséquence, rejetée.*

Avec le recul, le lien opéré par le Conseil d'Etat entre scrutin secret et publicité des débats n'est pas dû à une intention préconçue dans son chef, mais bien à la formulation de l'exception invoquée par la partie intervenante en l'espèce, à savoir par la personne révoquée, en ce qu'elle invoquait à la fois le principe du scrutin secret et celui du huis clos. Ce n'est au demeurant qu'en conclusion que le Conseil transpose le critère du scrutin secret à la question de la publicité (et non l'inverse!)<sup>3</sup>, en assimilant d'une certaine manière les deux modalités, après avoir rappelé le contenu des deux dispositions concernées.

La même réflexion peut être faite en ce qui concerne l'arrêt commenté à l'entame<sup>4</sup> et l'on comprend mieux, de la sorte, d'où vient le rapprochement qui y est également fait entre scrutin secret et publicité. En 2001, pour rappel, selon le Conseil d'Etat, «l'article 94 de la même loi porte que «la séance du conseil communal n'est pas publique lorsqu'il s'agit de questions de personnes» ce qui ne le dispense pas de voter au scrutin secret». Il faut préciser que la partie adverse avait elle-même tenté, en l'occurrence, de retourner le lien entre dispense de publicité et dispense de vote à main levée en soutenant que la décision collégiale prise à huis clos par les bourgmestre et échevins garantissait déjà le respect de la personne et constitue en soi une garantie de la liberté et de l'indépendance de ses membres. Le résultat est toutefois le même puisqu'il s'agissait aussi pour le Conseil d'Etat de répondre aux arguments invoqués et non de prendre l'initiative du lien entre huis clos et scrutin secret.

A vrai dire, le lien entre scrutin secret et publicité trouve probablement sa source dans le recueil des arrêts du Conseil d'Etat qui publiait le second arrêt rendu en matière de scrutin secret communal en 1969<sup>5</sup> – également rendu à propos d'un recours contre une révocation – en invitant à comparer la solution

1. Même lorsque la publicité des séances du conseil est obligatoire selon l'objet, précisait l'article 71 de l'ancienne loi communale. Aujourd'hui, en Région wallonne, l'article L1122-21 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation stipule que «La séance du conseil communal n'est pas publique lorsqu'il s'agit de questions de personnes. Dès qu'une question de ce genre est soulevée, le président prononce immédiatement le huis clos». Voir aussi l'article L 2212-15, § 3, du même Code en ce qui concerne les séances du conseil provincial.

2. C.E., *Adam et Commune de Ressaix*, n° 17.551, 13 juin 1973, *R.A.C.E.*, 1973, p. 361.

3. Le critère est en effet «une question qui intéresse une personne liée de près à la gestion de la commune».

4. Inutile de préciser que les conseillers siégeant dans la VIII<sup>e</sup> chambre et qui se sont prononcés en 2001 sur la question posée ne siégeaient pas dans les années 60 et 70.

5. L'arrêt *Commune de Stekene et Schelfout*, précité.

retenue avec un arrêt rendu sur la question de la publicité en 1957<sup>1</sup>. Dans cet arrêt de 1957, la juridiction administrative considère que la décision attaquée, à savoir la décision d'introduire un recours contre une décision de l'autorité de tutelle refusant d'approuver une délibération communale réglant les prestations de service du receveur communal, n'est pas une décision concernant une question de personnes au sens prévu par l'article 71 de la loi communale. Et le recueil de 1957 de préciser en notice que tel n'est pas le cas même si la décision improuvée réglait les prestations de service d'un agent. Or, pour mémoire, le Conseil d'Etat estimait, en 1969, que le recours contre une révocation est «une question qui intéresse une personne (...) et qui ne peut être tranchée en toute indépendance qu'au scrutin secret»...

*Sixième arrêt en 1986: l'arrêt Van Rompay.* La démarche suivie par la IV<sup>e</sup> chambre du Conseil d'Etat, dans cette affaire, est étonnante<sup>2</sup>. Il s'agissait, en ce qui concerne le septième moyen (première «branche») tel que reformulé par le Conseil, d'apprécier la violation du principe général de droit, «reproduit» à l'article 66 de la loi communale, en vertu duquel un organe collectif (même consultatif!) est tenu de voter au scrutin secret lorsqu'il s'agit de personnes. Au lieu de suivre cette voie toute tracée en faveur d'une interprétation large de la disposition concernée, le Conseil d'Etat commence par écrire «(...) qu'il n'y a pas lieu de répondre à la question de savoir s'il faut aller aussi loin que le requérant en soutenant que la disposition de l'article 66 de la loi communale (qui d'ailleurs, contrairement à ce que dispose l'art. 71 de la même loi pour les séances, ne prescrit pas le scrutin secret «lorsqu'il s'agit de personnes», mais uniquement dans certains cas bien déterminés où il s'agit de personnes, à savoir les présentations de candidats, les nominations à des fonctions, les révocations et les suspensions) n'est que la traduction au plan communal d'un principe plus général de droit qui s'étend à tous les organes collectifs de l'administration». Il poursuit pourtant dans ce sens en constatant «(...) ensuite que ce souci se justifie également à l'égard des membres du conseil du «personnel dirigeant de la police» qui sont intervenus dans la présente affaire, d'autant que l'avis qu'ils avaient à émettre se rapportait à un collègue». Et la Haute juridiction de préférer «l'application analogique de l'article 66 de la loi communale» en vue de laquelle «il peut être retenu également qu'en émettant son avis dans une affaire où la décision appartient au conseil communal, le conseil du «personnel dirigeant de la police» participe à la décision du conseil communal, de sorte que, par le truchement de cet avis, l'influence écartée par l'article 66, précité, pourrait néanmoins être opérante». Et le Conseil de considérer le moyen comme fondé à défaut d'avoir mentionné le vote au scrutin secret.

*Septième arrêt en 1990: l'arrêt De Bruyne.* Il s'agit d'un arrêt important car, s'il est laconique, il vise directement le champ d'application d'une mesure expressément mentionnée dans la loi<sup>3</sup>. A l'estime du Conseil d'Etat, une décision de fin de stage – *a fortiori* aussi la prolongation de stage – doit être prise au scrutin secret lorsqu'elle empêche la nomination de l'intéressée car elle a de ce fait pour objet, fût-ce indirectement, sa nomination.

Les rétroactes de l'affaire semblent avoir pesé lourd dans la balance. Un professeur d'académie est licencié en fin de stage sans avoir été mis en mesure de présenter utilement ses observations au préalable, à propos des éléments défavorables recueillis quant à son enseignement et résultant de rapports d'inspection dressés par un fonctionnaire étranger à l'administration communale ainsi que de l'avis d'un jury dont deux des trois membres étaient également tiers à la commune. Première annulation par le Conseil d'Etat pour ce motif le 11 juin 1986 et démission de l'intéressée le 26 mai 1987. Le 1<sup>er</sup> octobre 1987, toutefois, la commune concernée met fin au stage à compter du 30 juin 1981, à défaut, selon elle, de pouvoir apprécier autrement depuis lors la manière de servir de l'enseignante stagiaire. Il s'agissait de la décision attaquée.

Le Conseil d'Etat en déduit que la motivation est identique à la décision précédente, que le *licenciement* n'aurait donc pas pu être décidé sans les éléments défavorables litigieux et que, sans eux, le conseil communal aurait dû procéder à la nomination de l'intéressée sauf à prolonger son stage. Or, «(...) dès lors que le vote pouvait avoir pour objet, fût-ce indirectement, la nomination de la requérante, il eût dû se dérouler au scrutin secret».

*Huitième arrêt en 1991: l'arrêt Coumont.* Le Conseil d'Etat, VI<sup>e</sup> chambre, est saisi d'un recours contre une décision de mise en disponibilité par retrait d'emploi dans l'intérêt du service. Cette décision est apparemment déguisée, l'intéressé étant présenté comme perturbant le bon fonctionnement de l'académie concernée, et la décision précisant l'absence de possibilité de réaffectation dans la commune. Selon le Conseil d'Etat, toutefois, de manière péremptoire et laconique, une telle décision ne figure pas dans l'énumération de l'article 66, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi communale. Le moyen manque donc en droit<sup>4</sup>.

*Neuvième arrêt en 1997: l'arrêt Coppenholle.* La XII<sup>e</sup> chambre néerlandophone du Conseil d'Etat considère que le scrutin secret n'est pas requis pour décider du report d'un point à l'ordre du jour lié à une affaire disciplinaire, en particulier l'audition d'un receveur communal. Un tel report avait été refusé au conseil de l'intéressé. Selon la Haute juridiction administrative, «een beslissing over het verdagen van een agendapunt, weze het dat het, als te dezen, betrekking

1. C.E., *Ville de Poperinge*, n° 5.531, 5 mars 1957, R.A.C.E., 1957, p. 137.

2. C.E., *Van Rompay*, n° 26.600, 3 juin 1986, R.A.C.E., 1986, II, 8.3.1.

3. C.E., *De Bruyne*, n° 33.910, 31 janvier 1990, R.A.C.E., 1990, sp et *Pas.*, 1992, IV, 170. Arrêt prononcé par la VI<sup>e</sup> chambre.

4. C.E., *Coumont*, n° 36.189, 8 janvier 1991, R.A.C.E., 1991, sp et *A.P.M.*, 1991, p. 61 et note.



heeft op de behandeling van een tuchtzaak en inzonderheid het verhoor van de betrokkene, niet begrepen is in de gevallen waarvoor artikel 100 van de nieuwe gemeentewet de geheime stemming verplicht stelt»<sup>1</sup>.

*Dixième arrêt en 2000: l'arrêt Guimaud.* Cet arrêt est plus anecdotique qu'autre chose car il est relatif à la désignation d'une personne en qualité de directrice *ad interim* d'une académie de musique communale. La contestation ne portait pas tellement sur le caractère secret du vote, mais bien sur sa portée eu égard au fait que l'acte attaqué rendait compte du vote intervenu sur la motivation de la désignation, ce qui, à l'estime du requérant, revenait à identifier les auteurs de votes négatifs et d'abstentions de sorte que le scrutin n'était secret dans le chef d'aucun des conseillers communaux. Bref, le procédé n'aurait pas garanti le secret du scrutin quant à la nomination elle-même<sup>2</sup>. Or, selon la partie adverse, seul le vote sur la désignation devait être soumis au scrutin secret puisque, «*s'agissant d'une exception, les cas de scrutin secret doivent être interprétés de manière restrictive*».

L'argument n'a pas convaincu le Conseil d'Etat selon qui, après avoir précisé que la motivation contenait des appréciations sur les comportements professionnels respectifs, l'acte attaqué permet de la sorte d'identifier les membres du conseil qui ne souscrivent pas à ladite motivation, ceux qui s'abstiennent et, par voie de conséquence, ceux qui l'approuvent. Aussi, «*(...) dès lors que ces motifs sont susceptibles de correspondre à l'opinion de chacun des conseillers sur la personne des candidats en présence, il s'imposait, pour se conformer à la disposition visée au moyen, que le vote sur la motivation de la décision fût acquis, lui aussi, au scrutin secret; (...) le non-respect de cette règle fait grief, non seulement aux conseillers communaux, mais aussi au requérant lui-même, les opinions ainsi ouvertement exprimées sur sa personne étant ainsi de nature à être connues de tous*»<sup>3</sup>.

*Onzième arrêt en 2001: l'arrêt Jacquemart et consorts* déjà commenté et qui visait, pour mémoire, l'évaluation des agents considérée comme requérant le scrutin secret dès lors qu'elle «*intéresse une ou des personnes déterminées*», selon une jurisprudence bien établie. Il est intéressant de remarquer que la commune, en l'espèce, invoquait plusieurs arguments pour éviter l'exigence du scrutin secret non respectée en l'occurrence. Celle-ci conduirait à la paralysie du collège<sup>4</sup> de la commune de Herstal, l'administration

comptant 450 agents à évaluer en plus de ses missions habituelles. En outre, les délibérations du collège présenteraient cette différence avec celles du conseil qu'elles ne sont pas publiques, ce qui constituerait en soi une garantie de la liberté et de l'indépendance de ses membres de même que de respect de la personne.

*Douzième arrêt en 2002, un an après celui cité dès l'entame de la présente réflexion: l'arrêt de Lobkowicz...* Du nom de cette tristement célèbre affaire du bourgmestre de la commune d'Uccle dans laquelle M. Stéphane DE LOBKOWICZ invoquait, entre autres choses, l'irrégularité d'une décision communale visant à introduire une requête en intervention à la procédure en annulation pendante contre l'arrêté royal du 22 mai 2001 nommant M. Claude DESMEDT en qualité de bourgmestre d'Uccle et n'accueillant donc pas sa candidature. Contre toute attente, compte tenu de la jurisprudence évoquée ci-dessus et du revirement décrit en doctrine, le Conseil d'Etat en est venu à considérer simplement et sans autre forme de procès que ladite décision n'entre pas dans les prévisions de l'article 100, alinéa 4 de la Nouvelle loi communale. Manifestement, le Conseil d'Etat ne souhaitait pas arriver à la conclusion que la requête en intervention de la commune était irrecevable. Sa conclusion est d'autant plus étonnante que la partie requérante avait pris soin d'invoquer que: «*L'intervention dans le cadre d'une procédure mettant en cause la légalité de la nomination du bourgmestre est incontestablement une affaire qui intéresse une personne déterminée*» et impose, en conséquence, le scrutin secret<sup>5</sup>. Certes, un mémoire en intervention ne peut pas être confondu avec le recours en annulation contre une nomination, mais l'intervention à la procédure s'avère parfois déterminante et son importance ne saurait pas être négligée, de telle manière qu'il peut vraisemblablement y être assimilé.

*Treizième arrêt en 2004: l'arrêt C.P.A.S. d'Houffalize et Léonard.* Le Conseil d'Etat confirme que la lecture combinée des articles 100 et 106, alinéa 3, de la Nouvelle loi communale impose au collège de procéder au scrutin secret lorsqu'il a à se prononcer, même en qualité d'instance d'avis, sur une sanction disciplinaire infligée à un agent, en l'occurrence une démission d'office, dès lors que la loi ne fait pas de distinction selon que l'organe prend une décision ou émet un avis, «*l'une et l'autre faisant l'objet d'une délibération*»<sup>6</sup>. Le Conseil d'Etat précise qu'il ne s'agit pas là d'une application analogique de la loi mais bien

1. C.E., *Coppenholle*, n° 68.120, 16 septembre 1997, 4.3.1, *T. Gem.*, 1999, p. 387 et note A. COOLSAET. Voir aussi C.E., *Coppenholle*, n° 126.721, 22 décembre 2003, *C.D.P.K.*, 2004, p. 311.

2. Un vote distinct sur la motivation avait succédé au vote sur la désignation, les résultats n'étaient pas similaires, mais deux conseillers avaient émis un vote négatif et six s'étaient abstenus.

3. C.E., *Guimaud*, n° 87.747, 31 mai 2000, *A.P.M.*, 2000, p. 113 et *T. Gem.*, 2002, p. 227 et note renvoyant à l'arrêt *Jacquemart et crts* rendu postérieurement.

4. Etait en effet visée par le recours une délibération du collège à laquelle l'article 106, alinéa 3 de la Nouvelle loi communale (aujourd'hui l'art. L1123-22, al. 4, du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation) rend applicable l'article 100 de la même loi (l'art. L1122-27 du même Code).

5. Au terme de l'article 100, alinéa 4, de la Nouvelle loi communale, selon lui, «*Le scrutin secret est obligatoire chaque fois que les conseillers communaux sont appelés à émettre un vote dans une affaire qui intéresse une ou des personnes déterminées*».

6. C.E., *C.P.A.S. d'Houffalize et Léonard*, n° 138.787, 22 décembre 2004. A noter que la requérante soutenait également que la députation permanente n'était pas tenue par la règle du scrutin secret en qualité d'autorité de tutelle d'approbation.

de l'application combinée des deux dispositions précitées et de l'article 53 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale<sup>1</sup>. Il fait cependant allusion, sous un autre moyen, au «*caractère secret du vote lorsqu'il s'agit de questions de personnes*»...

*Quatorzième arrêt en 2005: l'arrêt Govaert.* A propos d'une décision portant sur le recours à la procédure de suspension préventive dans l'intérêt du service et l'audition d'un agent, le Conseil d'Etat, dans l'urgence, se fonde explicitement sur l'arrêt *Jacquemart et consorts* n° 101.623 du 7 décembre 2001, qu'il cite en se fiant à l'affirmation d'une jurisprudence bien établie, pour établir le scrutin secret dans toute affaire intéressant une ou des personnes déterminées, seul le requérant faisant toutefois état d'un principe général dans ce sens<sup>2</sup>.

**5. Analyse et commentaire de la jurisprudence du Conseil d'Etat.** La jurisprudence relevée ci-dessus appelle plusieurs commentaires.

*Primo*, la jurisprudence «*bien établie*» à laquelle réfère le Conseil d'Etat dans son arrêt *Jacquemart et consorts* n° 101.623 du 7 décembre 2001 ne l'est, à la réflexion, pas autant que l'on pouvait l'espérer à la lecture du considérant concerné. Elle n'est, au demeurant, pas non plus mentionnée lorsqu'il y est fait référence.

*Secundo*, la jurisprudence fait parfois état de l'esprit du texte ou du dispositif pour en révéler le sens. Jamais, pourtant, elle ne réfère formellement aux travaux préparatoires pour en étayer le sens. Le réflexe de l'exégèse semble avoir été perdu en l'occurrence. Même l'intervention du législateur en 1991 ou en 1994 – et spécialement le maintien de l'exception voire son accentuation en 1994 à travers le terme «*seules*» – n'est pas exploitée. Ni l'élargissement, toujours en 1994, à d'autres mesures que les sanctions disciplinaires. Ni plus fondamentalement la différence de formulation de la disposition concernée par rapport à celle relative à la publicité des séances, alors pourtant que le critère de celle-ci est transposé à celle-là et qu'une justification identique est avancée pour les fonder, à savoir l'indépendance et la liberté des votants<sup>3</sup>.

Pour mémoire, un lien de confusion a été «*involontairement*» initié entre scrutin secret et publicité en termes de champ d'application et le critère de l'exception à la publicité a été transposé à la question du scrutin secret. Pourtant, les deux dispositions n'étaient pas libellées de la même manière et il est permis de supposer un effet utile à cette différence de rédaction,

comme en convient lui-même au passage le Conseil d'Etat ponctuellement en 1986<sup>4</sup>. L'assimilation en serait alors hasardeuse. L'argument plaide contre le critère large d'une question personnelle.

*Tertio*, il n'est pas tout à fait exact de soutenir qu'après avoir interprété de manière stricte l'énumération de l'ancien article 66 de la loi communale, le Conseil d'Etat se serait résolu à en privilégier une interprétation plus extensive. La jurisprudence présente une série d'arrêts, partiellement recensés en doctrine, dont il résulte que les dates ne collent pas parfaitement dans le sens suggéré, même si l'on peut déceler un certain effet d'emportement.

Ainsi, un arrêt favorable à l'interprétation stricte est encore enregistré en 1970 alors que le changement est identifié en doctrine dès 1969<sup>5</sup>.

La jurisprudence plus récente, surtout, révèle une approche relativement casuistique de l'interprétation, encore moins profitable en termes de sécurité juridique. C'est sans aucun doute l'arrêt *Lobkowitz* qui crée, à cet égard, la plus grande insécurité et porte un coup fatal à l'assurance pourtant affichée par le Conseil d'Etat lorsqu'il soutient en 2001 que le risque d'insécurité juridique invoqué par la partie adverse serait inexistant compte tenu d'une jurisprudence bien établie, malgré le libellé de la disposition. En l'espèce, c'est en quelque sorte l'habillage juridique d'une décision sifflant la fin de la récréation dans une affaire où le politique eût gagné à se passer du juge qui a trahi bien involontairement le dangereux écart accepté par le juge entre le texte et son interprétation. Même le Conseil d'Etat, en d'autres termes, s'y est laissé prendre<sup>6</sup>, probablement à défaut de pouvoir assurer une homogénéité suffisante de la jurisprudence, actuellement, faute de tribunaux administratifs de premier degré.

Il n'est pas rare, au demeurant, et nonobstant l'interprétation supposée large en majorité, que la

1. Aujourd'hui «*d'action sociale*».

2. C.E., *Govaert*, n° 149.669, 30 septembre 2005, précité.

3. Voir déjà E. BERNIMOLIN, *Institutions provinciales et communales de la Belgique. Traité théorique et pratique de la législation provinciale et communale ainsi que les lois électorales qui s'y rattachent*, t. I<sup>er</sup>, Bruxelles, Larcier, 1891, n° CXXXII, p. 431 concernant l'article 71: du moment que des personnes sont mises en cause, afin de préserver la liberté de chaque membre.

4. C.E., *Van Rompay*, 3 juin 1986, n° 26.600, précité, 8.3.1.1.

5. Il est permis de penser, en même temps, qu'un changement de jurisprudence ne s'impose pas nécessairement de façon immédiate et définitive, sans l'une ou l'autre hésitation.

6. Voir aussi les avis contraires de l'auditorat dans la prime jurisprudence recensés ci-dessus.

jurisprudence confirme le caractère limitatif de l'énumération contenue dans la disposition concernée<sup>1</sup>.

*Quarto*, la jurisprudence administrative gagnerait probablement en cohérence en abordant la question sous l'angle des matières. Des mesures de trois types ont en effet été contrôlées par le Conseil d'Etat<sup>2</sup>. D'abord des mesures expressément mentionnées par le texte de loi<sup>3</sup> telle la peine disciplinaire de suspension: l'occasion est alors généralement saisie pour simplement rappeler que l'accomplissement de la *formalité substantielle* doit résulter du procès-verbal de la séance à laquelle la suspension a été prononcée<sup>4-5</sup>. Ensuite, des mesures différentes de celles expressément mentionnées par la loi, mais dont le Conseil s'est demandé si elles peuvent être considérées comme ou être assimilées à l'une d'entre elles. Tel a été le cas avec la désignation, la suspension préventive dans l'intérêt du

service, l'appréciation globale définitive ou la mise en disponibilité par suppression d'emploi qui, traditionnellement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, n'est pas assimilée à une peine disciplinaire (ni même d'ailleurs à une mesure grave liée à l'intéressé imposant à l'autorité de l'entendre préalablement): elle est davantage imposée par les nécessités du service. C'est dans ce registre qu'il convient de tenir compte des modifications législatives survenues spécialement en 1903, 1991 et 1994 et que la jurisprudence administrative paraît à première vue la moins cohérente. Enfin, le troisième type de mesures examinées vise des décisions indirectes liées à des mesures expressément mentionnées dans la loi, telles que la décision d'entreprendre une procédure de suspension préventive ou

1. C.E., *Daenens*, n° 11.226, 11 mai 1965, précité, impl.; C.E., *Colle*, n° 14.237, 17 juillet 1970, n° 14.237, précité, impl.; C.E., *Coumont*, n° 36.189, 8 janvier 1991, précité, impl.; C.E., *Van Der Elst*, n° 63.418, 4 décembre 1996, précité, 3.3.1 et 2; C.E., *Coppenholle*, n° 68.120, 16 septembre 1997, et n° 126.721, 22 décembre 2003, précités, impl.; C.E., *de Lobkowicz*, n° 113.551, 12 décembre 2002, précité, impl. *Adde* C.E., *Verhille et crts*, n° 12.417, 31 mai 1967, *R.A.C.E.*, 1967, p. 528 s'agissant d'une commission d'assistance publique: la vente d'une parcelle de terre à une personne déterminée n'est pas assimilable à l'un des cas limitativement prévus par la loi (le vote n'est pas libre contrairement à ce que soutenaient les requérants prétextant que la loi prévoyait les cas où le scrutin secret serait obligatoire et non ceux dans lesquels il serait interdit, laissant dès lors le choix selon les circonstances et la nature des débats). Comp. C.E., *Rutsaert et De Meyer*, n° 15.920, 13 juin 1973, précité concernant l'approbation de conditions de nomination (à la différence de l'approbation de la nomination elle-même): aucune disposition légale ne prescrit le scrutin secret. *Contra*: C.E., *De Bruyne*, n° 33.910, 31 janvier 1990, précité (la partie adverse invoquait la stricte interprétation d'une dérogation à la règle du vote à haute voix); C.E., *Guimaud*, n° 87.747, 31 mai 2000, précité (l'interprétation restrictive était invoquée); C.E., *Jacquemart et crts*, n° 101.623, 7 décembre 2001, *précité* (l'interprétation stricte était invoquée); C.E., *Govaert*, n° 149.669, 30 septembre 2005, précité (l'interprétation restrictive était invoquée); C.E., *C.P.A.S. d'Houffalize et Léonard*, n° 138.787, 22 décembre 2004, précité (l'exception et non la règle, selon la requérante: une énumération limitative); et plus généralement tous les arrêts privilégiant une interprétation large de la disposition concernée.
2. Sous réserve de ce qui sera expliqué ci-dessous à l'égard des Commissions d'assistance publique auxquelles le Conseil d'Etat a appliqué le dispositif en dépit du silence de la loi, dans un premier temps, conformément au critère des questions de personnes.
3. Cette jurisprudence n'est pas toujours recensée ci-dessus dès lors qu'elle ne porte pas nécessairement discussion quant au champ d'application du scrutin secret. Voir par exemple C.E., *Colpaert*, n° 17.318, 2 décembre 1975, *R.A.C.E.*, 1975, p. 1053, impl. concernant une désignation; C.E., *Groyne*, n° 32.753, 14 juin 1989, *R.A.C.E.*, 1989, sp, impl., concernant une nomination à une fonction de promotion; C.E., *Herin*, n° 33.041, 20 septembre 1989, *R.A.C.E.*, 1989, sp; *A.P.M.*, 1989, p. 128; *Pas.*, 1992, IV, 119 et *T. Gem.*, 1989, p. 381, impl. concernant une nomination; C.E., *P.J.*, n° 35.188, 12 juin 1990, *T. Gem.*, 1991, p. 177, impl. concernant une nomination; C.E., *De Herdt*, n° 38.062, 6 novembre 1991, *R.A.C.E.*, 1991 concernant une nomination par promotion; C.E., *Haeyen*, n° 39.493, 27 mai 1992, *R.A.C.E.*, 1992, sp, impl. concernant la peine disciplinaire de la révocation; C.E., *Rousseau*, n° 42.135, 3 mars 1993, *R.A.C.E.*, 1993, sp; *Rev. dr. comm.*, 1994, p. 23; *T. Gem.*, 1994, p. 185, impl. concernant la peine disciplinaire de la démission d'office; C.E., *Pas*, n° 51.711, 21 février 1995, *T.B.P.*, 1995, p. 743, impl. concernant une nomination à une fonction de promotion (en ce compris sur la motivation de la décision); C.E., *Gobert et Olivier*, n° 65.254, 17 mars 1997, impl. concernant une nomination; C.E., *Coppenholle*, n° 68.120, 16 septembre 1997, et n° 126.721, 22 décembre 2003, précités concernant une révocation; C.E., *Masset*, n° 87.089, 8 mai 2000, *A.P.M.*, 2000, p. 103 et *T.B.P.*, 2001, p. 205, impl. concernant une sanction disciplinaire de suspension temporaire; C.E., *Van De Velde*, n° 121.317, 4 juillet 2003 concernant une peine de démission ou révocation d'office; C.E., *Benoey*, n° 128.658, 2 mars 2004, 3.2.3 et 4, *A.P.M.*, 2005, p. 70 et *T.B.P.*, 2005, p. 562 (ainsi que C.E., *Verdonck*, n° 128.659, 2 mars 2004, similaire, 4.2.3 et 4) concernant une privation de traitement temporaire (le règlement communal imposant en l'occurrence un vote spécifique pour chaque sanction); C.E., *Asma*, n° 143.823, 28 avril 2005, précité, 3.3.2 concernant une révocation d'office (le rejet à main levée d'un amendement en faveur d'une suspension ne vicie pas le vote secret de la sanction décidée); C.E., *De Maeyer*, n° 166.235, 21 décembre 2006, 3.1.5 concernant une révocation d'office (indépendamment de tout accord antérieur). *Adde* – s'agissant des commissions d'assistance publique – C.E., *Cornet*, n° 11.547, 10 décembre 1965, *R.A.C.E.*, 1965, p. 1.013 concernant une nomination; C.E., *Boedt*, n° 15.281, 4 mai 1972, précité concernant une peine de suspension temporaire avec retenue de traitement. Voir aussi Bruxelles, 15 décembre 1992, *www.cass.be* (19 mars 2007), n° JB07829 (sommaire), inédit, concernant une révocation d'office (plus généralement «toute sanction disciplinaire»).
4. C.E., *Pinte*, n° 575, 20 novembre 1950, *R.A.C.E.*, 1950, p. 507 et *T.B.P.*, 1950, p. 306, note H. VAN ECKE concernant une peine de suspension temporaire avec retenue de traitement (décidée par le collège en vertu des art. 89, al. 4, et 66 de la loi communale); C.E., *Boedt*, n° 15.281, 4 mai 1972, précité concernant une sanction de suspension temporaire avec retenue de traitement; C.E., *Barbier-Delfosse*, n° 27.065, 22 octobre 1986, *R.A.C.E.*, 1986, sp; *A.P.M.*, 1986, p. 130 concernant une sanction de suspension temporaire sans traitement; C.E., *Peeters*, n° 107.626, 11 juin 2002, 2.3.2.7, impl. concernant une sanction de suspension temporaire avec retenue de traitement. A noter que l'ordre des votes importe peu en cas de scrutin secret puisque chacun est seul à connaître sa propre décision; cela eu égard à l'obligation faite au président par l'alinéa 2 de l'article 66, à l'époque, de voter en dernier lieu «pour éviter que le président puisse influencer, par son vote, les autres membres du conseil» (C.E., *Commune de Mettet*, n° 33.592, 13 décembre 1989, *R.A.C.E.*, 1989, sp, impl. concernant une nomination). C.E., *Cornet*, n° 11.547, 10 décembre 1965, précité: l'unanimité n'entraîne pas la nullité du scrutin secret et l'article 66 n'interdit pas aux conseillers communaux de discuter publiquement les mérites des candidats en présence, d'exprimer une préférence pour l'un ou une aversion pour l'autre, voire même d'annoncer publiquement son refus de participer au vote: le scrutin secret est respecté lorsque, après pareilles déclarations publiques, chaque membre formule son vote en secret, de manière telle que son vote ne soit pas identifiable et le dépose dans l'urne.
5. Dans les autres cas aussi, bien entendu. Voir dans ce sens C.E., *Rutsaert et De Meyer*, n° 15.920, 13 juin 1973, précité; C.E., *Van Rompay*, n° 26.600, 3 juin 1986, précité, 8.3.1.2; C.E., *Van De Velde*, n° 121.317, 4 juillet 2003, précité (ontslag van ambtswege); C.E., *C.P.A.S. d'Houffalize et Léonard*, n° 138.787, 22 décembre 2004, précité (démission d'office).

d'auditionner un agent<sup>1</sup>, la décision d'introduire un recours contre l'une de ces mesures<sup>2</sup>, leur approbation, le vote sur leur motivation formelle ou encore la décision à défaut de laquelle il doit y avoir nomination ou prolongement d'un stage. Jusque l'avis d'un organe consultatif considéré comme impliqué, de ce fait, dans le processus de nomination, dès le moment où il doit délibérer<sup>3</sup>. La théorie de l'opération administrative complexe imaginée en contentieux administratif pour tempérer la rigueur du délai prévu pour l'introduction d'un recours devant le Conseil d'Etat à l'encontre des décisions individuelles fondées sur des décisions antérieures de même type, illégales mais en principe devenues définitives, pourrait s'avérer utile pour cette catégorie.

Vue sous cet angle et au-delà de la motivation précise de chaque arrêt, la jurisprudence du Conseil d'Etat ne paraît pas si incohérente<sup>4</sup> et l'on peut même se demander si un véritable revirement de jurisprudence a réellement eu lieu au départ, comme présenté en doctrine. En effet, du point de vue des mesures visées par la loi, seule la mise en disponibilité par défaut ou suppression d'emploi a été exclue à un moment donné du champ d'application du scrutin secret. Mais elle l'a été de façon constante et encore en 1991 jusqu'à ce que la loi soit modifiée sur ce point, de la manière étonnante que l'on connaît, la section de législation du Conseil d'Etat s'étant montrée catégorique quant à «l'obligation» d'imposer le scrutin secret dans cette hypothèse; preuve, en même temps, que cette obligation n'existait pas auparavant<sup>5</sup>... D'autant qu'à aucun moment le critère de la question relative aux personnes n'a été l'occasion d'inclure la mise en disponibilité parmi les hypothèses du scrutin secret en jurisprudence, avant la modification législative considérée.

S'agissant des autres mesures, par ailleurs, force est de reconnaître que la désignation est directement assimilable à l'hypothèse des «nominations aux emplois» – d'autant que ces termes ont été choisis en 1836 – et que la suspension préventive dans l'intérêt du service était susceptible d'être visée par le terme indéfini «suspension» qui figurait initialement dans le texte. Ce n'est qu'en 1991 que le caractère disciplinaire de la suspension a été affirmé – sans portée rétroactive ni interprétative annoncée – avec pour conséquence probable (?) l'ajout de la suspension dans l'intérêt du service aux hypothèses du scrutin secret dès 1994. Aucun arrêt, de toute manière, ne semble l'en avoir

exclue – ni même l'y avoir incluse – auparavant. Il reste alors l'évaluation ou l'appréciation globale définitive dont l'assimilation ne paraît pas déraisonnable à la suite de l'ajout des suspensions préventives et mises en disponibilité en 1994. Or, l'arrêt y relatif date de 2001.

En somme, il semble que la formulation de certains arrêts, surtout, puisse prêter à confusion dans l'esprit des acteurs locaux, davantage que leur contenu sur le fond, dont il résulte une certaine logique. La confusion aura toutefois gagné le Conseil d'Etat lui-même dans l'arrêt *de Lobkowicz* dont le contenu reste inexplicable sous l'angle des décisions indirectes, s'agissant d'un mémoire en intervention. A telle enseigne qu'il est permis de se demander si l'interprétation donnée par le Conseil d'Etat est réellement une interprétation large ou simplement conforme aux procédures prévues par la loi pour les actes concernés. Dans l'arrêt *Guimard* du 31 mai 2000, tout particulièrement, il s'agissait tout au plus de donner un effet utile à l'exception que d'augmenter son champ d'application en incluant dans la désignation le vote sur la motivation de la désignation.

*Quinto*, les décisions rendues par le Conseil d'Etat apparaissent comme très tranchées et objectives lorsqu'il s'agit de considérer que l'on se trouve en dehors des cas prévus par la disposition litigieuse, et au contraire très souples lorsque la Haute juridiction accepte de faire entrer dans ces hypothèses des situations «accordées». Dans tous les cas, la jurisprudence est affirmative et ne semble pas laisser place au doute quant au contenu de la règle. Il convient pourtant de choisir... Et tant qu'à faire, l'on peut se demander s'il ne serait pas opportun de vérifier la nécessité de se sentir libre et indépendant pour apprécier la nécessité d'un scrutin secret, en cas d'interprétation extensive. Un mécanisme difficile à retenir en pratique, toutefois, sauf à renforcer la position dominante d'une majorité qui ne manquera pas d'écarter le scrutin secret, au besoin par un vote sur ce point, de manière à exercer une pression.

*Sexto*, un critère additionnel semble parfois ajouté à celui de la question de personne, à savoir celui d'une «question qui intéresse une personne liée de près à la gestion de la commune»<sup>6</sup>. Le critère ainsi renforcé exclut-il toute personne étrangère à la gestion communale, voire même qui y serait liée mais de (plus) loin? Son imprécision est pour le moins perceptible. Mais l'est encore davantage, en réalité, le noyau dur de ce qui intéresse une personne sans autre précision<sup>7</sup>. Car

1. La demande de report d'une audition, par contre, ne doit pas être votée au scrutin secret...

2. Mais non la décision d'intervenir à la procédure.

3. Voir C.E., *Van Rompay*, n° 26.600, 3 juin 1986, précité, 8.3.1.1; C.E., *C.P.A.S. d'Houffalize et Léonard*, n° 138.787, 22 décembre 2004, précité. Mais non l'approbation de conditions de nomination, pour mémoire: C.E., *Rutsaert et De Meyer*, n° 15.920, 13 juin 1973, précité.

4. Sous la réserve peut-être de l'arrêt néerlandophone commenté au point suivant.

5. Ou qu'elle n'existait plus, à supposer qu'en 1991 le législateur ait imposé un caractère disciplinaire aux mesures initialement visées sans aucune précision sur ce point par la loi communale. Dans les deux cas, l'exclusion de la mise en disponibilité n'était peut-être pas justifiée.

6. Souligné par nos soins à l'aide des caractères ordinaires. Critère que l'on retrouve dans la jurisprudence antérieure mais non ensuite. Voir C.E., *Commune de Stekene et Schelfhout*, n° 13.655, 2 juillet 1969, précité et la gestion «d'une institution communale»; C.E., *Adam et Commune de Ressaix*, n° 17.551, 13 juin 1973, précité.

7. C.E., *Verhille et crts*, n° 12.417, 31 mai 1967, précité.

tous les dossiers finissent toujours par intéresser des personnes...

La jurisprudence fait parfois état de «*personnes déterminées*»<sup>1</sup>, à l'instar de notre arrêt du 7 décembre 2001<sup>2</sup>, comme pour préciser que des personnes doivent pouvoir être précisément identifiées.

Seto, avec le recul, l'existence d'un principe général «*garantissant la liberté et l'indépendance des conseillers communaux lorsqu'ils sont appelés à émettre un vote dans des affaires qui intéressent des personnes déterminées*» n'est pas franchement reconnue en jurisprudence administrative<sup>3</sup>, contrairement à sa réception déjà relatée en doctrine. Seule une jurisprudence bien établie est affirmée en faveur d'une interprétation large des hypothèses visées par la disposition concernée, parfois présentée comme emportant l'application du scrutin secret aux «*décisions de personnes*».

A la réflexion, il est d'ailleurs étonnant qu'un principe général ait été découvert en 1973, de manière relativement accidentelle, dans une affaire relative à l'approbation d'une nomination impliquant de se prononcer sur le choix du meilleur candidat. N'est-on pas encore, dans ce cas de figure, dans le cadre de la procédure de nomination<sup>4</sup>? Et le principe découvert dans ces circonstances ne doit-il pas, par conséquent, être redimensionné aux nécessités de l'espèce, à l'instar de ce que semble avoir privilégié la jurisprudence ultérieure? Ce qui ne veut pas dire que l'existence d'un principe général n'ait pas été régulièrement invoquée<sup>5</sup>, entre-temps, le libellé des arrêts donnant toujours des idées aux plaideurs...

Pour être complet, il faut rappeler qu'un «*principe du scrutin secret*» pour le prononcé d'une sanction disciplinaire avait déjà été invoqué en 1972 pour trouver à s'appliquer à la suspension d'un agent<sup>6</sup> relevant d'une commission d'assistance publique alors pourtant que la loi du 10 mars 1925 y afférente ne prévoyait rien

du tout à cet égard<sup>7</sup>. Le requérant avait pris soin de préciser que ce principe invoqué devait «*s'appliquer par analogie*» à défaut, dans la loi du 10 mars 1925, de dispositions spécifiques réglant les modalités suivant lesquelles sont prises les délibérations des commissions d'assistance publique. Comme en 1965 et 1967, le Conseil d'Etat s'est toutefois contenté d'affirmer sans autre commentaire l'application de la disposition communale aux délibérations des commissions d'assistance publique<sup>8</sup>. Depuis lors, la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale, dans son article 33, précise que le vote se fait au scrutin secret «*lorsqu'il est question de personnes, sauf en matière d'octroi ou de récupération individuels d'aide sociale*». Ce qui, selon nous, ne plaide *a priori* pas en faveur de l'interprétation large du dispositif communal, ni même *a posteriori* d'ailleurs puisque la consultation des travaux préparatoires renseigne que ne seraient en réalité visés à travers «*ce passage*» que «*le personnel du centre local ou intercommunal ainsi que les conseillers eux-mêmes*», ce qui n'aurait «*rien à voir avec les problèmes relatifs aux dossiers des demandeurs d'asile*»<sup>9</sup>: «*Le texte veut dire lorsqu'il s'agit de désigner des personnes, de nommer des personnes*»<sup>10</sup>. Et le Conseil d'Etat d'avoir effectivement précisé au fil de ses arrêts que sont des questions de personnes requérant le scrutin secret l'élection du président de C.P.A.S.<sup>11</sup>, la nomination d'un secrétaire à temps partiel<sup>12</sup>, la décision infligeant une peine disciplinaire à un agent (un avertissement)<sup>13</sup> ainsi que celle constatant l'impossibilité de remettre au travail un fonctionnaire (dans le cadre

1. C.E., *Rutsaert et De Meyer*, n° 15.920, 13 juin 1973, précité; C.E., *P.J.*, n° 35.188, 12 juin 1990, précité, 2.4.2.; C.E., *Govaert*, n° 149.669, 30 septembre 2005, précité. Comp. C.E., *Van Rompay*, n° 26.600, 3 juin 1986, précité, 8.3.1.1 et les personnes «*concernées*».
2. Pour écarter le scrutin secret, la commune faisait état de «*décision intuitu personae ou qui implique un jugement de valeur sur une personne*».
3. Voir tout au plus C.E., *P.J.*, n° 35.188, 12 juin 1990, précité, 2.4.2., mais sans nécessité s'agissant d'une nomination; C.E., *Asma*, n° 143.823, 28 avril 2005, précité, 3.3.2 et le principe du secret du vote expressément inscrit à l'article 100 précité, mais sans nécessité s'agissant d'une révocation.
4. Un raisonnement similaire avait déjà été opéré en 1969 à propos du recours contre une décision de révocation: C.E., *Commune de Stekene et Schelfhout*, n° 13.655, 2 juillet 1969, précité.
5. Voir ainsi C.E., *Van Rompay*, n° 26.600, 3 juin 1986, précité, 8.2 et 8.3.1 et un principe général de droit qui s'étendrait à tous les organes collectifs de l'administration; C.E., *Asma*, n° 143.823, 28 avril 2005, précité, 3.3.2; C.E., *Govaert*, n° 149.669, 30 septembre 2005, précité.
6. Non à la mutation d'un agent d'un service, même incluse dans la même délibération que celle infligeant une sanction disciplinaire à la requérante, ce qui ne suffit pas pour conférer à cette mesure un caractère disciplinaire. En l'espèce, le moyen de défense invoqué visait toutefois seulement le prononcé d'une sanction non énumérée par les textes...
7. C.E., *Boedi*, n° 15.281, 4 mai 1972, précité. La solution est présentée comme implicite en notice, ce qui permet de conclure, selon toute vraisemblance, que l'application par analogie était invoquée par les requérants mais non décidée par le Conseil d'Etat dans l'attendu de l'arrêt résumant le moyen.
8. C.E., *Cornet*, n° 11.547, 10 décembre 1965, précité; C.E., *Verhille et crts*, n° 12.417, 31 mai 1967, précité (les requérants invoquaient également une application par analogie).  
Rem. pourtant C.E., *Van Rompay*, n° 26.600, 3 juin 1986, précité, 8.3.1.1 dans le sens de l'application analogique du scrutin secret, compte tenu de son objet, à l'avis rendu au conseil communal par le conseil du personnel dirigeant de la police.
9. *Pasin.*, 1976, II, p. 1.334 (commentaire du ministre précédant le vote en commission du Sénat, à la suite de la demande d'un commissaire au sujet de la «*signification et portée exacte des mots «lorsqu'il est question de personnes»*»).
10. *Ibid.*, p. 1.397: cela ne concerne donc pas les décisions en matière de secours ni n'est la grande règle (commentaire du ministre avant le vote en séance plénière).
11. C.E., *Laureysens et Peeters*, n° 19.125, 10 juillet 1978, *R.A.C.E.*, 1978, p. 900.
12. C.E., *De Rijcke*, n° 22.671, 10 novembre 1982, *R.A.C.E.*, 1982, p. 1.560 (solution implicite).
13. C.E., *Stercq et crts*, n° 24.342, 11 mai 1984, *R.A.C.E.*, 1984, p. 818.

d'une mise à la retraite d'office pour incapacité corporelle)<sup>1-2</sup>.

A noter qu'en 1967, en revanche, le Conseil d'Etat avait indiqué que «la vente d'une parcelle de terre à une personne déterminée ne peut être considérée comme assimilée à l'un des cas prévus par la loi»<sup>3</sup>, et non comme «une question de personnes», comme les requérants l'y avaient invité (il fallait désigner l'adjudicataire d'une parcelle).

**6. L'arrêt *Van Der Elst* n° 63.418 du 4 décembre 1996: un pavé dans la marre.** Tout ceci pourrait encore paraître plus ou moins cohérent, ou du moins compréhensible, voire remédiable, si la jurisprudence du Conseil d'Etat n'avait pas livré un arrêt très différent des autres, en premier lieu (et peut-être surtout) parce que rendu par une chambre néerlandophone. Il s'agit de l'arrêt *Van Der Elst* n° 63.418 du 4 décembre 1996 dans lequel, pour la première fois, l'élément législatif à interpréter entre en ligne de compte pour déterminer le sens du texte juridique...

Pour rappel, l'affaire concerne une décision communale de révocation d'office et sans préavis pour abandon de poste. Le requérant et la partie adverse avaient chacun pris soin de libeller leurs arguments en utilisant les termes de la jurisprudence. Le principe général, en particulier, était donc invoqué. Quant au Conseil d'Etat, il développe une interprétation stricte de la disposition litigieuse. L'arrêt tranche ainsi avec le reste de la jurisprudence du Conseil d'Etat, sur avis contraire, d'ailleurs, de son auditeur.

La chambre concernée commence par considérer que l'article 100, alinéa 1<sup>er</sup> de la Nouvelle loi communale est bien l'expression concrète du principe général selon lequel la liberté et l'indépendance doivent être garanties aux membres d'un organe collégial lorsqu'ils sont appelés à voter des mesures qui concernent des personnes déterminées. Elle ajoute toutefois aussitôt que cela ne signifie pas que la portée d'une disposition formelle expressément rédigée sur le mode de l'exception doive être étendue – voire généralisée – à toute décision concernant des personnes déterminées. Au contraire, elle doit recevoir une interprétation stricte<sup>4</sup>.

Elle mentionne deux raisons à cela. *Primo*, le libellé est différent de celui de l'article 94 de la Nouvelle loi communale (relatif au huis clos), quant à lui explicite sur les questions de personnes: confondre les deux libellés reviendrait alors à assimiler les hypothèses du huis clos et du vote secret. *Secundo*, le législateur est

intervenu à deux reprises pour réformer la disposition litigieuse, chaque fois de manière limitée et sans profiter de l'occasion pour étendre les hypothèses de vote secret: en 1991 pour remplacer les termes «révocation et suspension» par l'expression plus générale de «peines disciplinaires», et en 1994 pour soumettre également au scrutin secret la mise en disponibilité et la suspension préventive dans l'intérêt du service. Et la quatrième chambre de considérer, en conséquence, que la révocation d'office pour abandon de poste n'entre pas dans une des catégories mentionnées à l'article 100 parce qu'il ne s'agit pas d'une sanction disciplinaire: elle doit seulement être débattue à huis clos, et point au scrutin secret.

Le raisonnement peut être suivi, mais non la conclusion. D'abord parce que la mesure considérée en l'espèce avait été prononcée le 6 mai 1991, soit avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 mai 1991, c'est-à-dire à une époque où la révocation était expressément mentionnée dans la loi, sans autre forme de précision, et il ne résulte d'aucun élément particulier que le législateur ait entendu faire table rase du passé sur ce point<sup>5</sup>. Or, rien dans le texte ne précise que seule la révocation disciplinaire était à l'époque visée par le législateur... Ensuite et surtout parce qu'en 1994 d'autres mesures comparables, autres que les mesures disciplinaires mentionnées selon une formule raccourcie, ont été ajoutées au texte. Or, si l'on entendait reconnaître une portée interprétative et rétroactive à la modification intervenue en 1991, il aurait convenu de procéder de même avec celle survenue en 1994.

Le mérite de l'arrêt est certes de montrer l'incohérence du législateur dans ses interventions en 1991 et 1994 dont on a par ailleurs révélé qu'elles n'ont pas réellement donné lieu à débat au sens démocratique du terme. La conclusion tirée ne semble pas moins excessive. Elle ne tiendrait d'ailleurs probablement pas le cap d'un contrôle de constitutionnalité au regard des articles 10 et 11 de la Constitution...

L'arrêt est en tout cas l'occasion de s'interroger sur deux points.

Premièrement, à propos de l'affirmation selon laquelle la jurisprudence néerlandophone serait plus stricte que la jurisprudence francophone. Tel n'est pas le cas, en réalité, même si l'arrêt *Van Der Elst* semblait profiler un tournant en jurisprudence visant à réserver le scrutin secret aux hypothèses expressément visées par la disposition commentée: il est davantage et surtout différemment motivé que les autres. Force est

1. C.E., *Eggermont*, n° 41.434, 18 décembre 1992, *R.A.C.E.*, 1992, sp.

2. *Adde* la décision relative à un arrêté de tutelle de suspension concernant des personnes, par exemple de l'exécution d'une nomination (à retirer ou maintenir en la justifiant par le conseil du C.P.A.S. concerné), selon R. STEYAERT, en réponse à une question n° 16 de M. VALKENIERS du 2 juillet 1980 (*Bull. Q. et R.*, Chambre, n° 38, 22 juillet 1980, p. 3.259), indiquant au passage que «ni la législation, ni la doctrine ne traitent du problème spécial qu'il soulève et je ne connais aucune jurisprudence relative à celui-ci». Voir aussi C.E., *C.P.A.S. d'Houffalize et Léonard*, n° 138.787, 22 décembre 2004 déjà commenté concernant la tutelle sur les sanctions infligées par les C.P.A.S.

3. C.E., *Verhille et crts*, n° 12.417, 31 mai 1967, précité.

4. Même si la chambre utilise le terme d'interprétation restrictive («*beperkend*»). Il ne peut pas s'agir d'une interprétation large («*veralgemeende interpretatie*»).

5. Tout au plus convient-il de reconnaître que la formule utilisée – raccourcie – peut prêter à confusion. Rem. au demeurant C.E., *Haeyen*, n° 39.493, 27 mai 1992, précité faisant état de l'application du scrutin secret à la décision attaquée «*infligeant une sanction disciplinaire*» en 1989, s'agissant cependant en l'espèce d'une révocation visée comme telle par le texte. *Adde* Bruxelles, 15 décembre 1992, précité.

cependant de rappeler qu'un principe général a été affirmé par une chambre néerlandophone, à l'époque, et que depuis l'arrêt *Van Der Elst*, sauf erreur, aucun autre arrêt n'est vraiment venu confirmer cette évolution suggérée<sup>1</sup>. Un arrêt récent réfère même au «*principe du secret du vote*», mais tel qu'expressément prescrit à l'article 100<sup>2</sup>. Tout au plus peut-on conclure, en somme, à l'incertitude en jurisprudence, malgré une certaine logique qui venait d'être dégagée ci-dessus.

Deuxièmement, concernant la pertinence du critère choisi pour imposer le scrutin secret. Si l'extension du scrutin secret à des mesures non disciplinaires plaide en faveur du critère personnel – avec toutes les difficultés d'identification générées en pratique –, peut-être convient-il de réserver le scrutin secret aux décisions graves ou plus simplement faisant grief à l'instar du principe *Audi alteram partem*<sup>3</sup>? Ce qui requerrait une intervention législative, bien entendu. Or, y compris sur ce point, il paraît difficilement concevable de considérer que l'audition soit nécessaire pour une mise en disponibilité dans l'intérêt du service et non pour une révocation non disciplinaire. La jurisprudence du Conseil d'Etat évolue clairement sur ce point, comme l'indiquait déjà en 1994 D. BATSELÉ dans le célèbre précis de fonction publique au sujet de la protection liée à l'exercice du droit de défense: même si la jurisprudence était encore controversée à l'époque, elle donnait à penser que cette garantie d'ordre public «*s'étendra dans l'avenir invariablement à toute mesure modifiant la situation juridique d'un agent, même provisoire ou préventive*»<sup>4</sup>. En outre, l'on sait fort bien que la distinction entre sanction disciplinaire et mesure d'ordre est très aléatoire et dépend souvent des circonstances, le Conseil d'Etat n'hésitant pas à requalifier une mesure en sanction, au besoin<sup>5</sup>.

Le critère de la décision grave, enfin, ne gagne pas à être limité, dans son champ d'application, à celle portant sur la situation de travail ou la fonction d'une personne déterminée, comme l'a laissé entendre jusqu'ici le Conseil d'Etat en matière de scrutin secret.

En somme, l'exclusion de la révocation d'office et sans préavis pour abandon de poste du champ d'application du scrutin secret ne paraît pas cohérente, du point de vue du type de mesure concernée, à l'instar de la mise en disponibilité, par le passé, ou de la décision d'intervention à une procédure devant le Conseil d'Etat sous l'angle des décisions indirectes.

**7. L'esprit de la loi selon le Conseil d'Etat.** Plus fondamentalement, il convient de s'interroger sur le réel esprit de la loi dont le Conseil d'Etat se prévaut de manière récurrente dans sa jurisprudence sans toutefois se référer aux travaux préparatoires. Le même refrain est régulièrement entonné au sein de la Haute juridiction administrative, mais avec des paroles qui diffèrent parfois sur des points tantôt anecdotiques tantôt importants.

Le but de la disposition serait fondamentalement de **garantir la liberté et l'indépendance** des membres de l'organe appelé à décider. L'idée est récurrente. Elle se décline de différentes manières, certains arrêts privilégiant la liberté et<sup>6</sup>/ou l'indépendance<sup>7</sup>, d'autres arrêt précisant qu'il convient surtout d'assurer la liberté de vote ou de choix<sup>8</sup> – le scrutin secret serait alors le moyen d'éviter toute influence entre les membres du conseil<sup>9</sup> voire de toute pression extérieure comme intérieure<sup>10</sup> –, d'autres encore soulignant plus généralement la nécessité de sauvegarder la liberté de jugement à l'égard des personnes concernées<sup>11</sup>, d'autres

1. Pour mémoire: par J. DUJARDIN in *o.c.*, *T. Gem.*, 2002, p. 178. A vrai dire, aucun arrêt de principe ne semble avoir été rendu par une chambre néerlandophone depuis lors.

2. C.E., *Asma*, n° 143.823, 28 avril 2005, 3.3.2.

3. Comp. S.L.C.E., avis n° 35.135/VR du 2 avril 2003 rendu sur l'ancienne proposition de loi CAHAY-ANDRÉ, CHABOT et EERDEKENS du 27 février 2003, modifiant, en ce qui concerne les scrutins secrets, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2002-2003, n° 50-2336/002, p. 8: le scrutin secret serait «*un mode d'adoption d'actes administratifs peu courant*», généralement imposé pour des décisions importantes telles que les nominations à des emplois publics ou les sanctions disciplinaires. Des décisions importantes pour la personne, vraisemblablement.

4. D. BATSELÉ, «Le régime disciplinaire», in *Précis de fonction publique*, Bruxelles, Bruylant, 1994, n° 615, p. 393.

5. *Ibid.*, pp. 387 et s. Les sanctions disciplinaires ont en principe pour objet de sanctionner le comportement inadéquat d'un agent par rapport aux exigences de la fonction qu'il occupe, tandis que les mesures d'ordre sont justifiées par des motifs d'organisation du service et d'efficacité.

6. C.E., *Rutsaert et De Meyer*, n° 15.920, 13 juillet 1973, précité; C.E., *P.J.*, n° 35.188, 12 juin 1990, précité, 2.4.2.; C.E., *C.P.A.S. d'Houffalize et Léonard*, n° 138.787, 22 décembre 2004, précité; Bruxelles, 15 décembre 1992, précité; C.E., *Van Der Elst*, n° 63.418, 4 décembre 1996, précité, 3.3.2 (solution «*contraire*»); C.E., *Asma*, n° 143.823, 28 avril 2005, précité, 3.3.2 (grâce à l'anonymat); C.E., *De Maeyer*, n° 166.235, 21 décembre 2006, précité, 3.1.5 (indépendamment de tout accord antérieur).

7. C.E., *Commune de Stekene et Schelfhout*, n° 13.655, 2 juillet 1969, précité; C.E., *Adam et Commune de Ressaix*, n° 17.551, 13 juin 1973, précité; C.E., *Eggermont*, n° 41.434, 18 décembre 1992, précité.

8. Assurer la liberté de vote et d'expression de son choix (C.E., *Herin*, n° 33.041, 20 septembre 1989, précité) sans pouvoir être identifié (comp. C.E., *De Herdt*, n° 38.062, 6 novembre 1991, précité – anonymat – et C.E., *Haeyen*, n° 39.493, 27 mai 1992, précité; rapp. C.E., *Groyne*, n° 32.753, 14 juin 1989, précité – liberté d'appréciation – et C.E., *Rousseau*, n° 42.135, 3 mars 1993, précité – pouvoir exprimer son vote –) mais l'unanimité n'entraîne évidemment pas la violation du secret (C.E., *Cornet*, n° 11.547, 10 décembre 1965, précité). Rem. C.E., *Boedt*, n° 15.281, 4 mai 1972, précité: «*l'exercice libre et indépendant du droit de vote*»; C.E., *De Rijcke*, n° 22.671, 10 novembre 1982, précité: «*garantir le libre choix des membres*» (sans être reconnaissable ou identifiable) au terme de la loi sur les C.P.A.S.; Bruxelles, 15 décembre 1992, précité: «*pour but de garantir au maximum la liberté et l'indépendance du vote des conseillers*».

9. C.E., *De Herdt*, n° 38.062, 6 novembre 1991, précité.

10. C.E., *P.J.*, n° 35.188, 12 juin 1990, précité, 2.4.3. et la nécessité d'un secret effectif; C.E., *Pas.*, n° 51.711, 21 février 1995, précité: «*le but du scrutin secret est de protéger un singuli les membres de l'organe collégial contre des pressions extérieures ou internes; (...) ce qui doit être gardé secret est donc la part individuelle des membres dans la décision*», «*ce qui a animé les membres ut singuli*».

11. C.E., *Van Rompay*, n° 26.600, 3 juin 1986, précité, 8.3.1.1: «*l'objet de la prescription précitée est de sauvegarder la liberté de jugement des conseillers communaux à l'égard des «personnes» concernées*».

enfin soulignant délibérément que la garantie vise avant tout les personnes en cause<sup>1-2</sup>.

Dans son arrêt *C.P.A.S. d'Houffalize et Léonard*, n° 138.787, du 22 décembre 2004, le Conseil d'Etat indique que le scrutin secret vise à garantir «l'indépendance et la liberté de chaque votant» et que «le caractère secret du vote lorsqu'il s'agit de questions de personnes, a pour but de garantir l'anonymat des votes émis et, en évitant que ceux qui émettent un vote puissent être influencés, d'assurer leur indépendance; (...) l'exigence du vote au scrutin secret a un caractère objectif, en sorte que la question de savoir si la méconnaissance de cette règle a ou non pu porter préjudice à l'agent sanctionné est dépourvue de toute pertinence» de même que des considérations invoquées relatives à d'autres décisions.

Plus étonnant est l'arrêt *Gobert et Olivier*, n° 65.254, du 17 mars 1997, au terme duquel «chaque conseiller communal est tenu de garder (le secret du vote) en pareille occurrence en vertu de l'article 100 de la Nouvelle loi communale»<sup>3</sup>. L'idée est peut-être de veiller à éviter que l'on ne puisse recomposer le détail des votes en fonction des résultats et des dires de chacun...

Avec le recul, il est permis d'insister sur le fait que la jurisprudence administrative, lorsqu'elle justifie de la sorte le dispositif, ce qui n'est pas toujours le cas, souligne habituellement que le scrutin secret s'applique aux décisions relatives aux personnes<sup>4</sup>. Or, peut-être ne s'agit-il là, en définitive, que du rappel de l'esprit de la loi, voire tout au plus l'expression d'un vœu jurisprudentiel sans aucune portée normative, seul le huis clos, pour mémoire, étant imposé comme tel par le texte de la loi en présence de «questions de personnes»<sup>5</sup>.

## 8. L'esprit de la loi selon la «doctrine établie»<sup>6</sup>.

Force est de constater que la doctrine n'a guère été citée par le Conseil d'Etat – pas plus que les travaux préparatoires – dans sa recherche d'une solution juridique satisfaisante à la question qui nous occupe. Pourtant, l'on y trouve une série de commentaires dès les premières années qui ont suivi la promulgation de l'ancienne loi communale.

C'est concernant le but de l'exception du scrutin secret que la doctrine s'est le plus souvent prononcée. Etonnamment, *a priori*, l'on n'y découvre aucune référence aux travaux préparatoires de l'ancienne loi communale<sup>7</sup>, à l'instar de ce que l'on a pu constater dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. A vrai dire et en guise de réciprocité, même la jurisprudence du Conseil d'Etat est le plus souvent citée de façon parcellaire par les auteurs plus récents.

En 1850, dans une cinquième édition de son ouvrage, J.-B. BIVORT indique le but de la disposition – «assurer l'indépendance des votes dans les questions personnelles»<sup>8</sup> – en reproduisant apparemment une instruction du département de l'intérieur du 13 décembre 1841, n° 895 B dont les termes sont d'ailleurs également repris comme tels par H. WYVEKENS 25 ans plus tard<sup>9</sup>. La valeur de cette interprétation administrative de la loi est cependant toute relative, d'autant qu'au même moment le département de l'intérieur semblait hésiter à considérer la formalité du scrutin secret comme étant substantielle. Selon une décision du 31 août 1844, en tout cas, son omission

1. C.E., *Boedt*, n° 15.281, 4 mai 1972, précité: «notamment dans l'intérêt de l'agent en cause»; C.E., *Stercq et crts*, n° 24.342, 11 mai 1984, précité: «une garantie pour les agents»; comp. C.E., *Eggermont*, n° 41.434, 18 décembre 1992, précité: des membres du conseil à l'égard des personnes concernées.
2. Comp. C.E., *Guimaud*, n° 87.747, 31 mai 2000, précité: «le non-respect de cette règle fait grief, non seulement aux conseillers communaux, mais aussi au requérant lui-même, les opinions ainsi ouvertement exprimées sur sa personne étant ainsi de nature à être connues de tous».
3. Voir dans le même sens C.E., *Thoumsin*, n° 55.197, 18 septembre 1995 (nominations par promotion); C.E., *Knapen et crts*, n° 64.559, 17 février 1997 (nominations par promotion); C.E., *van de Wouwer et crts*, n° 66.237, 14 mai 1997 (nomination par promotion); C.E., *Gobert et crts*, n° 65.254, 17 mars 1997 (nomination par promotion); C.E., *Posty*, n° 73.916, 27 mai 1998 (nominations par promotion); C.E., *Timmermans*, n° 81.754, 12 juillet 1999 (nominations par promotion); C.E., *Borgs*, n° 84.642, 12 janvier 2000 (nomination par promotion). Toutes ces décisions précisent que scrutin secret et formel ne sont pas incompatibles. Elles constituent par ailleurs des applications de la disposition commentée. Voir encore sur ces deux derniers points C.E., *Labbe*, n° 50.620, 7 décembre 1994 (fin de fonction et désignation); C.E., *Dewandre*, n° 50.621, 7 décembre 1994 (désignation); C.E., *Tombu*, n° 55.194, 18 septembre 1995 (désignation); C.E., *Feuillien*, n° 57.936, 31 janvier 1996 (suspension et révocation); C.E., *Vandenbergh*, n° 60.357, 21 juin 1996 (nomination); C.E., *Thimister*, n° 67.859, 29 août 1997 (nomination par promotion); C.E., *Hourman-Doyen*, n° 78.374, 27 janvier 1999 (suspension).
4. Voir en effet C.E., *Commune de Stekene et Schelfhout*, n° 13.655, 2 juillet 1969, précité; C.E., *Rutsaert et De Meyer*, n° 15.920, 13 juin 1973, précité; C.E., *Adam et Commune de Ressaix*, n° 17.551, 13 juin 1973, précité; C.E., *P.J.*, n° 35.188, 12 juin 1990, précité, 2.4.3.; C.E., *C.P.A.S. d'Houffalize et Léonard*, n° 138.787, 22 décembre 2004. Voir par contre C.E., *Boedt*, n° 15.281, 4 mai 1972, précité, à propos du vote d'une sanction disciplinaire sans référence à une question de personnes.
5. Rem. sur ce point l'avis rendu par la section de législation du Conseil d'Etat le 6 août 1996 sur une proposition de loi modifiant la loi provinciale, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1995-1996, n° 1-236/8, p. 6: la proposition initiale omettait toute forme de scrutin secret dans les hypothèses prévues à l'article 100, alinéa 4, de la Nouvelle loi communale, sauf pour l'élection des députés permanents (aujourd'hui députés provinciaux), et le huis clos était prévu pour les séances du conseil provincial consacrées à des questions touchant des individus. Le conseil collatéral insiste sur la stricte distinction entre les deux objets.
6. Rapp. C.E., *Verhille et crts*, n° 12.417, 31 mai 1967, précité, dans lequel les requérants se réfèrent à la «doctrine établie» selon laquelle l'ancien article 66, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi communale prévoit les cas où le scrutin secret est obligatoire, mais non les cas où il est interdit.
7. Comp. pourtant, par exemple, avec la manière de calculer la majorité prévue dans le même article: E. HELLEBAUT, *Commentaire législatif, jurisprudentiel et doctrinal de la loi communale du 30 mars 1836 et des lois modificatives coordonnées*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1889, p. 82.
8. J.-B. BIVORT, *Commentaire sur la loi communale de la Belgique du 30 mars 1836*, 5<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Decq, 1850, p. 81.
9. H. WYVEKENS, *Nouveau commentaire de la loi communale et des dispositions du code électoral*, t. I Loi communale, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1875, p. 69. L'instruction visait à remédier à certains écarts constatés dans la pratique locale notamment pour la nomination d'instituteurs communaux.



serait susceptible d'être couverte à défaut d'annulation<sup>1</sup>.

En 1891, E. BERNIMOLIN présente déjà le texte différemment. Une série de décisions ministérielles<sup>2</sup> lui permettent d'affirmer que la formalité est bien substantielle car elle viserait à «*assurer l'indépendance des votes, de permettre à chaque conseiller d'être vraiment libre dans son choix ou dans son verdict*»<sup>3</sup>. Mais l'auteur de remarquer formellement «*que la prescription dont il s'agit, étant une exception, (elle) ne saurait être étendue à d'autres cas, comme à celui où le conseil répartirait une taxe directe basée sur la fortune présumée*»<sup>4</sup>. A noter cependant que l'auteur utilise le même exemple en matière de publicité des séances du conseil, quant à elle expressément prévue pour les questions de personnes à l'article 71 de l'ancienne loi communale, à savoir les questions qui sont personnelles aux conseillers et qui concernent les tiers, mais non ce qui est relatif aux fonctions proprement dites des membres du conseil, dont les actes ou les opinions peuvent toujours être publiquement discutées<sup>5</sup>.

La «*jurisprudence administrative*» des autorités supérieures se précise au début du XX<sup>e</sup> siècle et

conduit les auteurs classiques comme P. BIDDAER<sup>6</sup>, A. MACAR<sup>7</sup>, C. WILQUET et G. DOVILLÉE<sup>8</sup>, V. DE TOLLENAERE<sup>9</sup>, K. BRANTS<sup>10</sup> et R. WILKIN<sup>11</sup> à plus de commentaires, mais surtout concernant les modalités du scrutin.

En ce qui concerne le champ d'application du scrutin secret, il est régulièrement affirmé que le scrutin secret s'applique à toute peine, sanction ou mesure disciplinaire<sup>12-13</sup> – alors que le texte ne sera modifié dans ce sens qu'en 1991 – comme à l'approbation d'une nomination<sup>14</sup>.

En outre, plusieurs auteurs précisent que, vu l'énumération légale, le scrutin secret est requis «*chaque fois qu'il s'agit d'une question de personne*»<sup>15</sup>. A moins qu'à l'instar de V. DE TOLLENAERE, les auteurs souhaitent simplement indiquer le but de la disposition qui est «*d'assurer l'indépendance des votes dans les questions personnelles*»<sup>16</sup>? A plusieurs reprises, d'ailleurs, il est mis en exergue, parfois par les mêmes auteurs ou par ceux invoquant le scrutin secret pour toute sanction disciplinaire, que le scrutin secret est réservé aux cas prévus ou énumérés par l'article 66 de l'ancienne loi

1. H. WYVEKENS, *ibid.*. Comp. avec l'ordre des votes dont on précise seulement que le président vote en dernier. L'année qui a suivi le vote de la loi communale, une décision du ministre de l'Intérieur du 5 juin 1837 est venue rappeler que la loi communale ne s'est occupée de l'ordre des votes qu'en ce qui concerne le président du conseil. Selon le ministre, «*Il est évident que cette disposition, conçue en termes formels, ne peut être étendue de manière à régler l'ordre des votes de tous les membres du conseil. On sent l'utilité de l'article 66 en tant qu'il s'applique au président, mais on n'a pas les mêmes motifs de l'étendre aux autres membres*» (E. HELLEBAUT, *Commentaire législatif, jurisprudentiel et doctrinal de la loi communale du 30 mars 1836 et des lois modificatives coordonnées*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1889, p. 81; V. DE TOLLENAERE, *o.c.*, t. I, 1955, n° 82, p. 206).
2. Dont celle qui vient d'être citée dans le texte.
3. E. BERNIMOLIN, *o.c.*, t. I<sup>er</sup>, 1891, n° CXXVIII, p. 417.
4. *Ibid.*, p. 418 (extrait aménagé par nos soins). A la page précédente, l'auteur indiquait que «*les nominations, révocations, etc., doivent se faire au scrutin secret*».
5. *Ibid.*, n° CXXXII, p. 431.
6. P. BIDDAER, *Loi communale coordonnée et commentée*, 4<sup>e</sup> éd., Mons et Frameries, Imprimerie centrale des communes, 1921, art. 66, pp. 89 à 96.
7. A. MACAR, *Les institutions communales de la Belgique, Nouvelles*, 1932, n°s 89 à 94, pp. 57 et 58.
8. C. WILQUET, *Loi communale du 30 mars 1836, lois modificatives et complémentaires. Commentaire pratique*, 5<sup>e</sup> éd. amplifiée et mise en rapport avec la législation et la jurisprudence par G. DOVILLÉE, Frameries, Union des imprimeries, 1933, art. 66, n°s 221 à 238, pp. 42 à 45. Voir dans les mêmes termes *R.P.D.B.*, v° «Commune», pp. 181 et 182, n°s 496, 498, 507 et 508.
9. V. DE TOLLENAERE, *Nouveau commentaire de la loi communale*, t. I, Bruxelles, Larcier, 1955, n°s 82 et 83, pp. 205 à 215.
10. K. BRANTS, *Het Belgisch gemeenterecht*, 5<sup>e</sup> éd. par C. KETELAER et G. DE RIDDER, Antwerpen, Standaard-Boekhandel, 1947, n°s 190 à 192, pp. 198 à 205.
11. R. WILKIN, *Organisation et fonctionnement des autorités communales*, Paris, Impr. des Invalides, 1938, n° 79, pp. 234 et 235; du même auteur, *Commentaire de la loi communale*, t. I<sup>er</sup>, Bruxelles, Bruylant, 1947, n°s 55 à 60, pp. 198 à 203; du même auteur, *Précis de droit communal*, Bruxelles, Bruylant, 1959, n°s 55 à 60, pp. 67 à 71 (n° 60, p. 70, l'auteur précise que «*Le scrutin secret est établi pour que le conseiller vote sans être influencé par les autres*», sans précision quant à son champ d'application).
12. P. BIDDAER, *o.c.*, 4<sup>e</sup> éd., 1921, p. 90; R. WILKIN, *o.c.*, 1938, n° 79, p. 234 et *o.c.*, t. I<sup>er</sup>, 1947, n° 55, p. 198; V. DE TOLLENAERE, *o.c.*, t. I, 1955, n° 82 4°, p. 207 et citant dans ce sens, outre de la «*jurisprudence*», HENRARD, *Commentaire de la loi du 30 juillet 1903*, n°s 680 et 681. La citation n'est toutefois pas convaincante: «*La nécessité du scrutin secret ne paraît pas faire de doute. Il est vrai que l'article 66 de la loi communale ne parle que des présentations de candidats, nominations aux emplois, révocations et suspensions. Néanmoins, il semble certain que l'avertissement et la réprimande ne puissent être décidés qu'au scrutin secret*», peut-être parce que cette solution a été adoptée par la «*jurisprudence*»? La modification législative dans ce sens n'interviendra qu'en 1991. Comp. K. BRANTS, *o.c.*, 1947, n° 190, p. 199 qui distingue le huis clos des débats et du vote pour les nominations et les peines disciplinaires, d'une part, et, d'autre part, le vote secret dans les seuls cas énumérés dans la loi. En toute hypothèse, la prudence est recommandée car si l'on approfondit les exemples du blâme mentionnés par V. DE TOLLENAERE, *o.c.*, t. I, 1955, n° 82 4°, p. 208, l'on s'aperçoit que, dans les deux espèces, la sanction de suspension avait été proposée en même temps que celle du blâme.
13. Dans le même sens, plus récemment, voir F. DEBAETS, *o.c.*, t. I, 1980, n° 121.323.210, «*quoique ces peines ne sont pas mentionnées explicitement dans l'article 66, 1<sup>er</sup> alinéa*» (sur base des *Pandectes belges* et d'une série d'arrêtés royaux de tutelle). Les auteurs ne sont pas cités ici lorsqu'ils se fondent sur la jurisprudence du Conseil d'Etat. Mentionnons seulement C. HAVARD, *o.c.*, 2006, n° 84.2, p. 133 qui rappelle que la formalité ne doit pas être confondue avec le huis clos.
14. C. WILQUET et G. DOVILLÉE, *o.c.*, 5<sup>e</sup> éd., 1933, p. 42, n° 221; V. DE TOLLENAERE, *o.c.*, t. I, 1955, n° 82 3°, p. 208.
15. A. MACAR, *o.c.*, *Nouvelles*, 1932, p. 57, n° 89. Selon l'auteur, en outre, «*La jurisprudence administrative des pouvoirs supérieurs veille à ce que le choix des conseillers s'exerce librement*» à propos de candidats (p. 58, n° 93). *Adde* K. BRANTS, *o.c.*, 5<sup>e</sup> éd. 1947, n° 190, p. 199: «*dus telkens als er moet gestemd worden over personen*», ainsi que n° 190, p. 200 et n° 192, pp. 202 et 203 concernant la liberté des conseillers. *Adde* les commentaires plus récents déjà cités plus haut et comp. L. MARICQ, *o.c.*, 1976, n° 331: «*lorsque certaines questions de personnes sont en jeu*» (souligné par nos soins).
16. V. DE TOLLENAERE, *o.c.*, t. I, 1955, n° 82 3°, p. 207. Eviter les influences (n° 82 7°, p. 210).

communale<sup>1</sup> sans pouvoir être étendu à d'autres cas<sup>2</sup>. Il s'agit notamment de respecter le secret du vote des conseillers qui sont *défavorables* aux candidats présents<sup>3</sup>.

La lecture des décisions administratives est révélatrice de l'incertitude qui règne et semble avoir toujours régné à propos du scrutin secret. Pour citer un exemple, un arrêté royal du 9 décembre 1902 annule une délibération communale approuvant la nomination d'un médecin de l'administration charitable au motif que le vote n'a pas eu lieu au scrutin secret comme le requiert en principe la loi<sup>4</sup>. Le correspondant de la *Revue communale* s'indigne du laconisme de la décision qui ne sert pas l'intérêt de la jurisprudence et produit ainsi les arguments invoqués en cours de procédure concernant la controverse de savoir si la prescription s'étend ou non aux approbations de nominations.

Selon la commune, le vote à haute voix était la règle à laquelle il est dérogé par une énumération limitative et le motif ayant dicté cette dérogation – la liberté, l'indépendance du choix de chacun – disparaît dans l'espèce, car le conseil n'a pas à choisir; tout son rôle est d'approuver la délibération du bureau de bienfaisance. L'article 66 de la loi vise exclusivement les nominations qui appartiennent au conseil communal. L'appliquer à l'approbation d'une nomination revient à étendre par voie d'analogie une dérogation au régime général de la loi alors que pareille extension analogique n'est point permise dès qu'il s'agit d'exceptions à une règle.

Selon la rédaction de la revue, se fondant de la sorte sur... une instruction ministérielle du 13 décembre 1841..., le raisonnement serait spécieux car le but de la disposition est d'assurer l'indépendance des votes dans les questions personnelles. En outre, ce serait jouer sur les mots que de dire que le conseil n'a pas à choisir en approuvant alors qu'il a le choix entre

l'approbation et le refus d'approbation. Et de prendre l'exemple de deux ou plusieurs candidats s'étant présentés devant feu le bureau de bienfaisance pour postuler les fonctions de médecin: il arrivera fréquemment que les candidats qui ont échoué comptent des partisans au sein du conseil... Le vote porte alors, de toute évidence, sur des questions de personnes, sur la nomination à un emploi<sup>5</sup>. Il faut donc assurer l'indépendance des conseillers et par conséquent le scrutin secret s'impose...

En somme, il semble que la doctrine, même si elle n'a pas été citée comme telle en jurisprudence, ait joué un rôle d'influence décisif en pratique, par son réflexe d'abstraction, dans le paradoxe relevé en jurisprudence entre l'affirmation d'un objectif très large poursuivi à travers le scrutin secret en termes d'indépendance et de liberté dans la résolution de questions de personnes et l'interprétation large mais non véritablement extensive des hypothèses relativement précises visées par la loi.

En même temps, la doctrine elle-même reste visiblement embarrassée par le critère des questions de personnes qui, à l'analyse, s'avère beaucoup trop large et surtout indéfini<sup>6</sup>. D'autant que, la plupart du temps, la nature de la décision sera tributaire de la rédaction de celle-ci, une question de personne pouvant fort bien être formulée différemment de manière à exclure ce caractère, du moins en apparence... La question de personnes est alors affaire de circonstances. Ainsi en va-t-il par exemple de l'octroi d'une concession de terrain dans le cimetière d'une commune censurée par arrêté royal du 9 décembre 1889 parce que prise au scrutin secret<sup>7</sup>. La décision d'octroi désigne pourtant nommément le sieur De Crem en tant que bénéficiaire de la concession... Quelle différence faire, en l'occurrence, entre les partisans d'un candidat à une concession et ceux d'un candidat à une nomination?

1. C. WILQUET et G. DOVILLÉE, *o.c.*, 5<sup>e</sup> éd., 1933, p. 42, n° 221 et p. 44, n° 232 et *R.P.D.B.*, v° «Commune», p. 182, n°s 498 et 508; R. WILKIN, *o.c.*, 1938, n° 79, p. 234 et *o.c.*, t. I<sup>er</sup>, 1947, n° 55, p. 198, impl.; V. DE TOLLENAERE, *o.c.*, t. I, 1955, n° 82, p. 205: «dans certains cas nettement spécifiés» (le passage est souligné par les auteurs).
2. A. MACAR, *o.c.*, *Novelles*, 1932, p. 57, n° 89, 2<sup>e</sup> col.; C. WILQUET et G. DOVILLÉE, *o.c.*, 5<sup>e</sup> éd., 1933, p. 44, n°s 231 et 232 et *R.P.D.B.*, v° «Commune», p. 182, n° 507; R. WILKIN, *o.c.*, 1938, n° 79, p. 235; K. BRANTS, *o.c.*, 1947, n° 190, p. 199; V. DE TOLLENAERE, *o.c.*, t. I, 1955, n° 82 5<sup>o</sup>, p. 209; L. MARICQ, *o.c.*, 1976, n° 333.
3. Ce sont les termes utilisés par R. WILKIN à propos des votes négatifs émis dans le cadre de la présentation de candidats, de nominations et d'application de peines disciplinaires (*o.c.*, t. I<sup>er</sup>, 1947, n° 55, p. 198).
4. *Rev. comm.*, 1903, p. 239 et commentaire.
5. La pratique serait unanime dans ce sens, de même que plusieurs règlements d'ordre intérieur. Cependant, l'ambiguïté demeure entre l'interprétation téléologique, analogique et «saine et logique» des termes de l'article 66 de l'ancienne loi communale, comme invoqué en l'espèce: approuver une nomination c'est encore nommer, en quelque sorte. De la sorte, l'on rechigne manifestement à accepter une interprétation large d'une exception à la règle. *Comp. Rev. comm.*, 1874, p. 151: «il s'agit évidemment d'une nomination, sinon à faire, du moins à approuver».
6. Rem. M. CAPART, *Droit administratif élémentaire*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 1930, n° 147, p. 160 selon qui le huis clos serait obligatoire «même si la question de personne était soulevée incidemment».
7. *Rev. comm.*, 1890, p. 311 et *Rev. adm.*, 1890, p. 48. D'autres exemples limites de décisions prises à tort au scrutin secret, selon l'autorité supérieure, peuvent être mentionnés: la fixation du traitement des directeurs d'écoles primaires (A.R., 9 avril 1891, *Rev. adm.*, 1891, p. 224 et A.R., 13 juillet 1891, *Rev. adm.*, 1891, p. 395) ou des conditions d'âge à imposer aux candidats à l'emploi de secrétaire communal (A.R., 28 décembre 1936, *Rev. adm.*, 1937, p. 127 et *Rev. comm.*, 1937, p. 270); l'augmentation quadriennale de traitement à accorder à l'instituteur (*Rev. adm.*, 1904, p. 235: une question «ne rentrant pas dans les cas exceptionnels» énumérés par la loi); la désignation de celui des deux instituteurs de l'école communale devant être mis en disponibilité pour suppression d'emploi! (*Rev. comm.*, 1896, p. 304); l'agrégation d'un délégué du clergé pour l'enseignement de la religion dans les écoles primaires pourtant traitée à huis clos! (commentaire in *Rev. comm.*, 1906, p. 50: elle n'a pas le caractère d'une nomination, révocation ou suspension «mais elle a pour objet une question de personne, et elle ne peut, aux termes de l'art. 71, être examinée en séance publique»...) (une révocation est évidemment une question de personne: *Rev. adm.*, 1903, p. 179).

D'autres exemples<sup>1</sup> pourraient être trouvés, non plus concernant des décisions individuelles, mais bien des règlements généraux qui sont parfois adoptés lorsque des cas individuels se présentent... Car il n'est écrit nulle part que les questions de personnes seraient directement afférentes à la situation personnelle d'un citoyen donné et ne pourraient pas viser toute question résolue d'une certaine manière de par l'influence de personnes présentes lors de la réunion concernée, selon un rapport de force donné, voire même toute question derrière laquelle l'intérêt de personnes déterminées se jouerait directement voire indirectement. Sans *a priori*, même la distinction entre décision individuelle et acte réglementaire ne suffit donc pas à circonscrire avec certitude ce qui est ou n'est pas une question de personnes. Même si, à première vue, il est permis de penser que les questions de personnes se rapporteraient davantage aux décisions individuelles directement liées aux personnes plutôt qu'à des situations ou circonstances plus générales. L'indépendance, la liberté, l'impartialité et l'objectivité sont cependant également requises en matière réglementaire.

Avec le recul, il se précise ainsi, au fil de l'analyse des sources juridiques du scrutin secret, que les hypothèses visées par l'article 100 de la Nouvelle loi communale, devenu l'article L1122-27 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation en Région wallonne, sont des questions de personnes, certes, mais des questions précises au sein de cet ordre, aujourd'hui de nature statutaire<sup>2</sup> ou disciplinaire, c'est-à-dire afférentes aux choix de personnes et au comportement de certaines personnes, non de tout citoyen. Pour mémoire, l'interprétation donnée par le législateur aux questions de personnes dans la loi relative aux centres publics d'action sociale conforte expressément cette analyse.

Il n'empêche que, même à suivre ce point de vue, certaines hypothèses continuent à souffrir la discussion, spécialement s'agissant de la présentation de candidats. Selon C. HAVARD<sup>3</sup>, il convient d'exclure du scrutin secret les désignations des représentants du conseil communal dans les intercommunales et dans

les autres personnes morales dont la commune est membre. L'article L1122-34, § 2, du Code wallon est cité entre parenthèses par l'auteur juste après, mais il ne faut pas en déduire que la disposition dérogerait au scrutin secret, ce qui n'est pas le cas. En 1995, pourtant, la question a été posée au vice-premier ministre et ministre de l'intérieur C. EERDEKENS en ces termes: «*D'aucuns estiment que les candidats visés par l'article 100, alinéa 4, sont en fait des candidats à des emplois communaux; à l'appui de leur thèse, ils font valoir que les autres cas visés par cet alinéa ne concernent que le personnel communal. D'autres pensent qu'il convient de donner une portée plus large à la notion de candidats et que, par exemple, il conviendrait de procéder à un vote secret chaque fois qu'il s'indique de désigner un membre du conseil en qualité de représentant de la commune ou de candidat administrateur dans une intercommunale. Or, il est généralement admis que les conseillers communaux, dans l'exercice de leurs fonctions ne sont pas visés par les «questions de personnes».* De ces deux interprétations, laquelle est la plus conforme à l'esprit de la loi?» Et le ministre de répondre sur base de quelques arrêts du Conseil d'Etat sélectionnés qu'après avoir initialement interprété de manière restrictive l'exception en s'en tenant aux seuls cas de scrutin secret énumérés par la loi, la jurisprudence du Conseil d'Etat aurait évolué et serait «*désormais établie dans ce sens que l'article 100, alinéa 4, de la Nouvelle loi communale contient un principe général selon lequel l'obligation du scrutin secret s'impose afin de préserver la liberté d'appréciation des conseillers communaux lorsqu'ils ont à se déterminer quant à des personnes à propos desquelles le conseil communal doit prendre une décision. D'après cette interprétation, les termes de «présentations de candidats» utilisés par l'article 100, alinéa 4, de la Nouvelle loi communale ne se limitent pas aux seuls candidats à des emplois communaux*»<sup>4</sup>. Ne convient-il pas de comprendre l'extrait comme invitant à inclure dans le vote secret, au moins implicitement, la proposition de candidats et la désignation de membres du conseil en qualité de représentant de la commune ou de candidat administrateur dans une intercommunale?

1. Rem. C. HAVARD, *o.c.*, 2006, n° 84.2, p. 133 lorsqu'il cite quatre exemples d'actes ne pouvant pas être tranchés au scrutin secret par le conseil communal: la vente d'une parcelle de terre à une personne déterminée, la mise en disponibilité pour cause de suppression d'emploi (la modification du texte de loi a rendu caduque la jurisprudence du Conseil d'Etat sur ce point), la décision de faire comparaître un agent et de fixer la date de la comparution (la jurisprudence semble contraire), l'octroi d'une concession dans un cimetière.
2. Les mesures touchant les personnes dans leur statut ou situation professionnelle (mise en disponibilité ou suspension dans l'intérêt des personnes) étaient exclues jusqu'en 1994. Voir ainsi C.E., *Boedt*, n° 15.281, 4 mai 1972, précité, l'arrêt distinguant expressément suspension temporaire avec retenue de traitement (sanction disciplinaire) et mutation d'un service à un autre (mesure d'ordre intérieur) sur le point du scrutin secret. Rem., cela dit, C.E., *Ville de Poperinge*, n° 5.531, 5 mars 1957, précité concernant le champ d'application du huis clos: n'est pas une question de personne la décision réglant les prestations de service d'un agent (plus exactement la décision d'introduire un recours contre une décision de l'autorité de tutelle refusant d'approuver une délibération communale réglant les prestations de service du receveur communal).
3. *Ibid.*, n° 84.2, p. 133.
4. Réponse du 11 décembre 1995, *o.c.*, p. 1318. Voir également p. 1319 la réponse embarrassée à propos de l'application du huis clos pour les mêmes décisions: la distinction n'est pas toujours aisée à faire dans la pratique et il s'agira d'évaluer quand la question acquiert «*un tour personnel en cours de débats*». Selon le ministre, la désignation des membres d'une commission communale, des représentants pour assister à l'assemblée générale d'une intercommunale ou des administrateurs d'une intercommunale amènent le conseil à se prononcer sur des questions se rapportant à des personnes. «*En effet, le choix qui sera fait tiendra principalement à la personne (...). Quand bien même cette désignation ou cette proposition aurait-elle pour destinataire un conseiller communal, il ne s'agira pas de débattre de ses actes ou de ses opinions politiques en rapport avec sa fonction mais de prendre en compte des éléments qui concernent personnellement le conseiller communal et qui peuvent même être en rapport avec ses intérêts privés*». A noter que proposition et désignation sont ici mentionnées et assimilées alors pourtant que les termes n'importent qu'en matière de scrutin secret...

L'hypothèse est pourtant écartée sans justification par C. HAVARD alors même qu'il renvoie, quelques mots auparavant, aux références jurisprudentielles citées dans la réponse ministérielle.

L. MARICQ, quant à lui, fait état dans un même paragraphe, sans relever expressément la contradiction, de la jurisprudence du Conseil d'Etat selon laquelle l'approbation de la nomination d'un secrétaire de la commission d'assistance publique ou la décision d'introduire un recours contre la révocation d'un membre de la CAP doivent être prises au scrutin secret, car elles intéressent une personne liée de près à la gestion communale, à la différence de la ratification de la désignation d'un instituteur par le collège, selon une réponse ministérielle donnée à une question parlementaire de M. VAN DESSEL du 13 mars 1973<sup>1</sup>. Sous la réponse publiée dans la *Revue communale*, la rédaction prend la peine d'observer, mais également sans autre commentaire, que le scrutin secret est (par contre) obligatoire lorsque le conseil communal approuve la nomination d'un secrétaire par la commission d'assistance publique<sup>2</sup>. Il faut préciser que selon le ministre de l'intérieur de l'époque, «*Dans l'état actuel de la doctrine juridique et de la jurisprudence administrative, l'approbation d'une nomination ne peut être considérée comme constituant un élément de la nomination elle-même, étant donné que l'autorité investie du pouvoir d'approbation n'est pas censée avoir collaboré à la réalisation de l'acte à soumettre à l'approbation, en l'occurrence la nomination*». Il s'agit d'un acte distinct. Le conseil communal ne devrait donc avoir recours au scrutin secret que lorsqu'il procède lui-même à la nomination, en l'occurrence lorsqu'il décide de ne pas ratifier la décision du collège et de désigner un autre instituteur intérimaire en cas d'absence justifiée d'un membre du personnel enseignant...

A noter que le scrutin secret s'applique même lorsqu'il n'y a qu'un candidat puisque l'on peut voter contre lui, le cas échéant<sup>3</sup>.

### 9. L'esprit de la loi selon les travaux préparatoires.

La «*voie royale*» ou plus exactement constitutionnelle pour remédier aux incertitudes de la loi – surtout pour en modifier le contenu – consiste toujours dans l'intervention du législateur lui-même, en l'occurrence le législateur régional depuis 2001. L'expérience en matière de scrutin secret montre cependant que même l'intervention du législateur n'apporte pas toujours la clarté et la précision requises, fût-ce à l'endroit des travaux préparatoires. A cet égard, il convient

néanmoins de retourner aux sources législatives originelles pour savoir si l'absence de référence faite en doctrine et en jurisprudence se justifie ou non concrètement ou si l'on y trouve quelque élément de nature à mieux cerner l'intention initiale du législateur et éclairer le sens de la disposition communale analysée. Il s'agit d'en avoir le cœur net. Alors seulement les juges ne seraient plus «*amenés bien malgré eux à faire le droit (...) alors que notre système démocratique de séparation des pouvoirs l'interdit*»<sup>4</sup>.

L'opération n'a pas été simple compte tenu de la difficulté de rassembler les travaux préparatoires de la loi communale du 30 mars 1836 éparpillés entre les bibliothèques, certains documents – spécialement les rapports imprimés à part du *Moniteur* – restant introuvables<sup>5</sup>. Les travaux de la Chambre des représentants et du Sénat se sont étalés, dans la période difficile de l'après-Révolution, du 2 avril 1833 – date du premier rapport – au 26 mars 1836 – jour du vote final –<sup>6</sup>. L'on comprend dès l'entame, dans ces conditions, que la référence aux travaux préparatoires, en jurisprudence, n'ait pas connu le succès escompté.

D'autant qu'il n'y a pas été trouvé grand-chose, en définitive. Pas plus que dans les notes résumant les travaux préparatoires dans la *Pasinomie*<sup>7</sup>. La publicité des séances du conseil, surtout, a fait l'objet de longs débats parfois animés, y compris de constitutionnalité, puisqu'à la différence du scrutin secret, l'article 162, alinéa 2, 4<sup>o</sup> de la Constitution prévoit expressément que la loi consacre l'application du principe de «*la publicité des séances des conseils provinciaux et communaux dans les limites établies par la loi*». Le principe s'en voit de la sorte inévitablement renforcé. Le champ d'application du scrutin secret, quant à lui, est passé sous silence, signe, probablement, que les termes utilisés paraissaient suffisamment éloquents en eux-mêmes.

Le projet du gouvernement a été complété par la section centrale qui a ajouté aux hypothèses de la présentation de candidats et nominations aux emplois comme emportant le scrutin secret celles des «*révocations ou suspensions*» des employés communaux<sup>8</sup>. Avec ce commentaire: «*On comprendra facilement que, si le scrutin secret est utile dans les nominations, à plus forte*

1. L. MARICQ, *o.c.*, 1976, n° 356.

2. *Rev. comm.*, 1974, p. 35 et obs.

3. F. DEBAETS, *o.c.*, t. I, 1980, n° 121.323.210; C. HAVARD, *o.c.*, 2006, n° 84.2, p. 133.

4. A. DESTEXHE, A. ERALY et E. GILLET, *Démocratie ou participation? 120 propositions pour refonder le système belge*, Bruxelles, Labor, 2003, p. 104.

5. Peu de documents édités à l'époque figurent au demeurant sur le site de la Chambre.

6. *Pasin.*, 1836, p. 46, note 1.

7. *Pasin.*, 1836, pp. 341 et s., sp. pp. 362 à 364. Lesdites notes ont été publiées de manière quelque peu différée par rapport à la loi, compte tenu du temps nécessaire pour résumer les débats.

8. Proposition à laquelle le gouvernement s'est rallié (*M.B.*, supplément au n° 213 du 1<sup>er</sup> août 1834, 2<sup>e</sup> feuillet).

raison lorsqu'il s'agit de la révocation d'un employé<sup>1</sup>. L'adverbe «également» a au demeurant été ajouté à la disposition juste avant la prescription de la majorité absolue de manière à éviter de limiter ladite majorité aux seules hypothèses du scrutin secret<sup>2</sup>. Preuve, en définitive, que la portée de chaque mot utilisé dans l'article a bien été mesurée<sup>3</sup>.

S'agissant de la publicité des séances, que les parlementaires semblent avoir voulu limiter eu égard à la proximité des conseillers communaux<sup>4</sup>, spécialement dans les communes rurales, il ressort des travaux préparatoires qu'aucun lien n'a été fait entre scrutin secret et publicité des séances<sup>5</sup> et qu'à la différence de ce qui a été prévu et des mots utilisés pour le scrutin secret, dès le début des travaux «la règle invariable, relative aux questions de personnes» a été conçue de telle manière à interdire la publicité «dans tous les cas où il s'agira de questions de personnes (...)»<sup>6</sup>: «lorsqu'une question de ce genre est soulevée, le président prononce immédiatement le huis-clos. Ainsi, si à l'occasion du budget, la discussion venait à s'engager sur des

questions de personnes ou de traitemens individuels, le huis-clos sera immédiatement prononcé, les questions de principe seules pouvant être discutées en séance publique»<sup>7</sup>. En bref, l'indépendance des conseillers semble être visée par le huis clos pour les questions de personnes<sup>8</sup>. Le même objectif semble être poursuivi avec le scrutin secret, à en croire la jurisprudence<sup>9</sup>. Ce qui ne signifie pas que le champ d'application des deux garanties doive être identique. Au contraire, le huis clos a pu paraître suffisant pour les autres questions de personnes, comparé à celles expressément visées pour le scrutin secret.

**10. Réflexions: le temps de la maturité?** Au terme de l'analyse qui précède, il faut rappeler l'enjeu pratique évident de la question posée. Tous les jours, des dossiers sont votés par les conseils communaux sans qu'il soit apparemment permis de garantir à ceux-ci la légalité des décisions prises lorsqu'une question de personnes est soulevée. Faut-il voter au scrutin secret, en dehors des hypothèses précises visées par le texte

1. M. DUMORTIER, Rapport sur l'organisation communale fait au nom de la section centrale, séance du 9 juillet 1834, *M.B.*, supplément au supplément n° 190, année 1935, p. 18. Avec ce commentaire intéressant au sujet de la prescription selon laquelle le président vote le dernier: «La dernière disposition a reçu l'approbation de toutes les sections. Elle fait cesser ce singulier abus introduit dans les réglemens de 1825 (art. 61), que le bourgmestre est tenu de donner le premier avis de toutes les affaires, et les échevins après lui». Il faut également y voir un appel à l'indépendance.
2. *M.B.*, supplément au n° 213 du 1<sup>er</sup> août 1834, 2<sup>e</sup> feuillet.
3. Ils l'ont été à plusieurs reprises, à vrai dire, comme expliqué plus haut dans l'évolution historique de la disposition.
4. «Que la publicité soit de règle dans les chambres où l'on ne traite que les objets généraux, cela ne peut entraîner aucun inconvénient, et il en résulte de grandes garanties. Mais, dans les communes, les conseillers sont très près de leurs commettants. En outre, à peu d'exceptions près, les intéressés seuls se rendraient aux séances du conseil afin d'intimider ceux qui oseraient voter contre eux. S'agirait-il de fixer les traitements, les employés et leurs familles seraient les premiers auditeurs, et leur présence, pouvant exercer une fâcheuse influence, augmenterait indéfiniment les dépenses de la commune: comment discuter, en présence des employés, leur mérite, leur incapacité, leurs traitements? Il en est de la commune comme de la famille, lorsque l'on traite ses affaires intérieures, on n'appelle pas ses serviteurs pour entendre. Mais cette publicité serait bien plus fâcheuse encore dans les communes rurales, où elle pourrait engendrer les plus grands maux pour l'ordre public et la sûreté des personnes» (M. LEGRELLE, *ibid.*, p. 19). Adde M. D'HOFFSCHMIDT, *M.B.*, 21 novembre 1834, 4<sup>e</sup> feuillet: «Il n'y aura plus de liberté de discussion»; M. DUMORTIER, *M.B.*, 21 mars 1835, 4<sup>e</sup> feuillet (et *M.B.*, 20 février 1836, 1<sup>er</sup> feuillet au sujet des questions relatives aux employés de la commune): «les discussions ne seraient plus libres». Dans le sens contraire, M. DOIGNON: «Il peut au contraire se présenter des cas où il est de l'intérêt du conseil et de la commune de donner quelque publicité à de pareils objets: cette publicité peut être elle-même un moyen ou un motif péremptoire pour faire écarter d'autant mieux certaine demande. Par exemple, telle personne qui saura d'avance que sa pétition, mal fondée, peut être rendue publique, se gardera bien de la présenter au conseil. On voit donc qu'à l'égard des exceptions, on ne peut fixer aucune règle et qu'il faut nécessairement abandonner ce point à la sagesse des conseils; mais, pour ce qui touche les questions personnelles, il y aurait en outre cet autre inconvénient: c'est que des habitants étant toujours impliqués plus ou moins directement dans les affaires communales, il y aurait chaque fois une grande discussion pour décider préalablement si l'objet en délibération est une question personnelle ou une question de principe» (*M.B.*, 18 novembre 1834, 3<sup>e</sup> feuillet). Adde M. le ministre de l'intérieur, *M.B.*, 21 novembre 1834, 4<sup>e</sup> feuillet: «il est bon qu'elle (la commune) connaisse l'opinion de ses mandataires»; M. SÉRON, *M.B.*, 21 mars 1835, 4<sup>e</sup> feuillet, citant BENTHAM. Rem. aussi M. DUBUS, *M.B.*, 21 novembre 1834, 3<sup>e</sup> feuillet et la discussion suscitée à cet endroit: «Ne peut-il y avoir des motifs aussi puissants pour désirer la publicité dans les cas où les questions toucheront les personnes que pour désirer le secret? Avez-vous examiné tous les cas pour décider, dès aujourd'hui, et d'emblée, que la règle ne fléchira devant aucune considération? Sera-t-il toujours bien clair pour tout le monde que l'objet en discussion est ou n'est pas une question de personne? Un seul membre du conseil qui soutiendra que la question intéresse des personnes exigera le huis-clos». Les intérêts individuels sont engagés de près ou de loin dans presque toutes les questions débattues dans les communes. Rem. la discussion autour des «subsidés personnels» in *M.B.*, 21 novembre 1834, 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> feuillets. Contra M. DUMORTIER, *M.B.*, 20 février 1836, 2<sup>e</sup> feuillet, à propos des questions de personnes: «l'on sait que ces questions ne se présentent pas souvent» ...
5. Tout au plus a-t-on parlé de «séance secrète» en cas de huis clos ou de l'exception à la publicité (p. ex. *M.B.*, 18 novembre 1834, 3<sup>e</sup> feuillet) ou encore de «comité secret» (p. ex. *M.B.*, 19 novembre 1834, 2<sup>e</sup> feuillet).
6. La cinquième section chargée de l'examen de l'organisation communale avait ajouté «les questions d'intérêt privé», proposition qui n'a pas été reprise par la section centrale. Voir également *M.B.*, 20 novembre 1834, 2<sup>e</sup> feuillet: «Vous concevez qu'on ne pourrait pas délibérer en public, par exemple, sur ce qui est relatif à la fortune présumée des particuliers»; M. JULIEN, *M.B.*, 21 mars 1835, 4<sup>e</sup> feuillet, au sujet de la fixation du droit de parcours ou l'aliénation d'une maison occupée par tel ou tel individu.
7. *Ibid.*, p. 20.
8. Rem. M. LEGRELLE, *M.B.*, 19 novembre 1834, 2<sup>e</sup> feuillet: toutes les affaires qui se traitent ont rapport à des questions de personnes dans les assemblées des conseils communaux, même des grandes villes, et il convient de permettre aux conseillers de parler «selon leur conviction» plutôt que pour la tribune... De là à soutenir que le huis clos favorise – sans garantir – la parole vraie, la publicité, la langue de bois, il n'y a qu'un pas que l'on franchit allègrement, mais qui, en même temps, n'assure pas l'objectivité des décisions. Si la discussion franche permet une gestion consensuelle à long terme, elle ouvre la porte à l'arbitraire face aux questions d'intérêts. Rem. aussi M. DUMORTIER, *M.B.*, 19 novembre 1834, 3<sup>e</sup> feuillet: «la publicité serait plus nuisible qu'utile à la commune» sur les questions de personne car «le conseil pourra se laisser influencer». Il en résulterait une augmentation d'impôt pour la commune, spécialement lorsqu'il s'agit de délibérer sur les traitements des employés. Les séances ne seraient fréquentées que par ceux qui y ont un intérêt et qui viendraient examiner les opinions émises «et porter haine à mort à ceux qui leur seront défavorables» ... Voir encore M. DUMORTIER, *M.B.*, 20 novembre 1834, 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> feuillets.
9. Le silence sur ce point paraît avoir été observé dans les travaux préparatoires.

commenté, ou un autre mode de scrutin est-il admis? La question est cruciale puisque le respect ou non du scrutin secret est susceptible de déclencher les foudres de la tutelle ou du juge en cas de recours, si d'aventure l'on s'était trompé. Car il ne s'agit pas de choisir le mode de scrutin qui convient le mieux dans le cas d'espèce rencontré, mais bien de respecter une obligation légale, en l'occurrence une forme substantielle, à défaut d'avoir été prévue à peine de nullité. La délimitation claire du champ d'application de cette forme est par conséquent capitale et susceptible d'avoir une influence décisive dans toute une série de décisions. Y compris quant à leurs suites, au demeurant, sur le plan pénal, dès lors que, sauf unanimité, la responsabilité personnelle des membres du conseil communal – pourtant davantage exposée compte tenu de l'immunité reconnue aux communes par l'article 5, alinéa 4 du Code pénal et la Cour d'arbitrage<sup>1</sup> –, ne saurait pas, par définition, être engagée<sup>2</sup>...

Or, l'analyse de la jurisprudence révèle que l'assurance prêchée en doctrine – parfois relayée en jurisprudence sous l'effet du temps – n'est pas aussi évidente qu'il y paraît.

Pire. Le retour aux travaux préparatoires de la disposition en cause révèle que les mots du texte de loi ont été choisis avec soin à l'époque et que le parallèle entre publicité des séances – prescrite pour les questions de personnes – et scrutin secret – imposé dans des hypothèses limitativement déterminées – n'est pas autorisé. Les modifications successives de la disposition ne permettent pas de renverser cette volonté apparente du législateur au lendemain de la Révolution. Au contraire, même, puisque la disposition n'a pas été modifiée en conséquence, à l'instar d'autres textes par exemple en matière d'action sociale. Les questions de personnes englobent certes les nominations, présentations, etc. et publicité et scrutin secret participent d'un même objectif initial, mais avec une gradation dans les précautions prises et un champ d'application qui, par conséquent, diffère.

Scrutin secret et huis clos partagent le même objectif de liberté et d'indépendance<sup>3</sup>, spécialement à l'égard du public et des personnes concernées par les décisions qui ne siègent pas. Le huis clos ne protège toutefois pas des influences collectives au sein même de l'organe délibérant, ce que permet en revanche, dans une

certaine mesure, le scrutin secret, susceptible de renvoyer chacun à son intime conviction, à condition de jouer le jeu, au-delà des intrigues et des disciplines de corps, sans nécessairement empêcher en même temps l'émergence d'un consensus autour de la table. Dans la foulée, le scrutin secret renforce l'indépendance vis-à-vis des personnes extérieures qui ne devraient jamais connaître le contenu des votes individuels, sauf lorsque la décision est prise à l'unanimité, ce qui permet d'éviter la rancune et les conflits stériles de caractère individuel. Tant du point de vue interne qu'externe, le scrutin secret constitue ainsi une garantie supplémentaire qu'il n'est par conséquent pas illogique d'avoir voulue et de voir davantage confinée dans son champ d'application par rapport au huis clos<sup>4</sup>.

A première vue, néanmoins, la tentation est grande – et donc compréhensible – de lier scrutin secret et questions de personnes car celles-ci sont parmi les plus sensibles dans les prises de décisions collectives et appellent par conséquent des garanties. En même temps, il faut rappeler que ni le huis clos ni le scrutin secret ne dispensent en réalité de motiver formellement

1. Voir M. NIHOUL, «L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle constitutionnellement correcte?», *R.D.P.C.*, 2003, pp. 799 à 839; in M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruges, La Charte, série Projucit, 2005, n<sup>os</sup> 7 à 10, pp. 26 à 31 et note 17; «La protection de l'immunité pénale des collectivités publiques par la Cour d'arbitrage», obs. sous C.A., n<sup>o</sup> 8/2005, 12 juillet 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 600 à 606. Récemment encore, v. C.A., n<sup>o</sup> 31/2007, 21 février 2007.
2. Cette circonstance ne plaide-t-elle pas en faveur d'une interprétation stricte de la disposition?
3. Il va sans dire que le huis clos permet également de protéger la réputation des personnes concernées par les décisions à prendre. Dans cette mesure, le scrutin secret vise à protéger davantage le décideur que l'administré, indépendamment de tout cas concret. Rem. sur ce point C. HAVARD, *o.c.*, 2006, n<sup>o</sup> 78.3, p. 124: «*Le but de la disposition n'est pas seulement de protéger la vie privée des gens; elle a surtout pour but d'assurer aux conseillers toute liberté de s'exprimer en évitant toute pression étrangère ainsi que tout désordre dans la salle de réunion. Un conseiller s'exprimera, en effet, plus librement si les personnes mises en cause ne sont pas dans le public. Son indépendance est renforcée*». Ce que l'on peut compléter en suggérant que le scrutin secret la renforce encore davantage.
4. Comp. pourtant sp. C.E., *Jacquemart et crts*, n<sup>o</sup> 101.623, 7 décembre 2001, précité: «*l'article 94 de la même loi porte que «la séance du conseil communal n'est pas publique lorsqu'il s'agit de questions de personnes» ce qui ne le dispense pas de voter au scrutin secret*». L'on peut se demander, en outre, si, en toute logique mais dans un monde idéal, le sentiment de partialité ne devrait pas conduire à s'abstenir de prendre part au vote au lieu de garantir l'anonymat.

les décisions prises<sup>1</sup>. Ils n'évitent donc pas la frustration engendrée par la décision même. D'autant que lorsque la motivation est honnête et franche, c'est-à-dire légale, les motifs finissent souvent par dévoiler ceux qui, en séance, les ont portés et que l'on voulait protéger de toute identification. La garantie est donc, en pratique, relativement fragile<sup>2</sup>.

La pertinence du dispositif dépendra surtout des circonstances car le secret n'empêche évidemment ni les intrigues ni les accords passés dans les couloirs. Il a même souvent pour effet de les favoriser. Selon l'état de la discussion, en outre, – discussion qui se déroule toujours à huis clos s'agissant par définition de questions de personnes –, il n'empêchera pas toujours le calcul selon la prévisibilité des résultats. Il ne s'agit donc pas d'une garantie absolue d'indépendance. En matière de scrutin, il devrait néanmoins inciter au courage, sinon d'avoir été franc, honnête et constructif dans la discussion, au moins d'émettre son vote en âme et conscience, dans une forme d'isolement par rapport au groupe.

Si d'aventure le législateur souhaitait à l'avenir étendre le scrutin secret aux questions de personnes, encore doit-il être conscient que l'interprétation de cette notion présentera de nombreuses difficultés inhérentes à son imprécision. Ces difficultés ont déjà été soulignées ci-dessus. Elles ont probablement conduit le législateur flamand à disposer autrement, pour ce qui concerne les communes flamandes<sup>3</sup>, à l'article 35 du décret communal flamand du 15 juillet 2005<sup>4</sup> selon lequel les votes au conseil communal sont publics (§ 1<sup>er</sup>) mais :

«Font l'objet d'un scrutin secret :

- 1° la déchéance du mandat de conseiller communal et d'échevin ;
- 2° la désignation des membres des organes de direction communaux et des représentants de la commune dans des organes de concertation et dans les organes d'autres personnes morales et associations de fait<sup>5</sup> ;
- 3° les affaires individuelles en matière de personnel» (§ 2)<sup>6</sup>.

«Les affaires individuelles en matière de personnel» et non simplement les affaires individuelles. Voilà qui recentre le scrutin secret sur la sphère du personnel et plaide à nouveau contre l'existence prétendue d'un principe général de valeur législative à l'endroit du scrutin secret dans les questions relatives aux personnes...

L'intérêt de distinguer les jurisprudences francophone et néerlandophone s'en trouve évidemment fortement réduit, à l'instar des chances de voir la question tranchée en assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, mais il n'a pas totalement disparu dès lors que la disposition initiale reste d'application en Région de Bruxelles-Capitale, que, comme indiqué à l'entame, elle a été reprise à bon compte par le Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation et que les chambres francophones du Conseil d'Etat ne paraissent pas unanimes entre elles.

A noter, sur ce dernier point, l'intervention récente du Parlement wallon pour prescrire le vote «à haute voix» en ce qui concerne les motions de méfiance constructive au niveau communal, ce qui restreint

1. Rem. sur ce point, parmi une jurisprudence abondante, celle identifiée en rapport avec le scrutin secret : C.E., *Gobert et Olivier*, n° 65.254, 17 mars 1997, précité, selon lequel ni le secret du vote ni le principe de l'autonomie locale n'interdisent au conseil communal de révéler les motifs de son choix : il s'agit là d'une obligation imposée par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; C.E., *Posty*, n° 73.916, 27 mai 1998, précité : le secret du vote n'interdit pas de révéler les motifs de la décision et n'est pas incompatible avec l'obligation de motiver formellement l'adoption d'un acte. Voir encore la jurisprudence citée *supra*, n° 7, p. 34, note 9.  
Rem. aussi l'ancienne proposition de loi CAHAY-ANDRÉ, CHABOT et EERDEKENS du 27 février 2003 (aujourd'hui caduque), modifiant, en ce qui concerne les scrutins secrets, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2002-2003, n° 50-2336/001, au nom de la «liberté de pensée des mandataires élus» : «L'ajout d'une motivation formelle à ces choix collectifs constitue un exercice périlleux dont l'effet principal est de nourrir le contentieux» compte tenu des «plus grandes difficultés à synthétiser collectivement la somme des motivations individuelles qui n'ont pas été exprimées» ... dès lors que le mandataire n'a pas à justifier le choix qu'il exprime au scrutin secret ! (p. 3, souligné par nos soins à l'aide des caractères ordinaires). L'avis n° 35.135/VR du 2 avril 2003 rendu par la section de législation du Conseil d'Etat a été l'occasion de rappeler que l'obligation de motivation matérielle des actes administratifs – c'est-à-dire de devoir fonder sa décision sur des motifs admissibles, tant en fait qu'en droit, pouvant se dégager du dossier administratif – constitue une règle constitutionnelle non écrite et qu'il n'y a aucune incompatibilité de principe entre secret du vote et obligation de motiver... «Le but du vote secret est en effet de protéger les membres de l'organe collégial de toute pression intérieure ou extérieure ut singuli. Ce qui doit être tenu secret est la démarche individuelle qui a conduit chaque membre de l'organe collégial à voter comme il l'a fait. Celui-ci n'a donc pas à justifier les raisons de son vote, mais cela n'empêche pas que la décision prise à l'issue du vote doit pouvoir être justifiée par des motifs dégagés du dossier administratif (motivation matérielle), lesquels, en raison de l'obligation de motivation formelle, doivent en outre être indiqués dans la décision» (*ibid.*, n° 50-2336/002, p. 7) en guise de protection minimale de tout administré à laquelle il paraît difficile de pouvoir déroger sans discrimination (du moins sans autre motif qu'une difficulté accrue de motiver formellement). Une première proposition de loi modifiant l'article 4 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs avait été déposée dans le même sens au Sénat par MM. SUYKERBUYK et crts le 20 janvier 1994 (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1993-1994, n° 965-1) et reprise par MM. CALUWÉ et crts sous la législature suivante (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1995-1996, n° 203-1). Les «raisons très divergentes» pour lesquelles les personnes votent une nomination y étaient déjà mises en avant pour prétendre que «si l'on exige, par exemple, des membres d'un conseil communal qu'ils se rallient tous à un seul candidat pour les mêmes raisons, l'on ne respecte pas le secret scrutin» (p. 2).
2. Un conseil facultaire d'une université n'échappe pas à la règle et chacun sait combien il est parfois difficile de voter en âme et conscience sur les questions impliquant plus ou moins directement des personnes, et surtout soi-même.
3. La question abordée dans la présente contribution ne présente donc plus d'intérêt direct les concernant.
4. Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007 selon l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du gouvernement flamand du 24 novembre 2006 concernant l'entrée en vigueur de certaines dispositions du décret communal du 15 juillet 2005 et portant exécution des articles 160 et 179 du décret communal du 15 juillet 2005.
5. L'hypothèse procède peut-être des hésitations en doctrine relatées dans les lignes qui précèdent. Mais elle s'explique aussi vraisemblablement par la formulation plus stricte retenue en matière de personnel.
6. «§ 4. Le président vote en dernier lieu, sauf en cas de scrutin secret».

apparemment désormais le champ d'application du scrutin secret en droit communal wallon, à tout le moins en vertu du parallélisme des formes. La justification avancée est la suivante: «*S'agissant d'un mécanisme de mise en œuvre de responsabilité politique, il est essentiel que les citoyens puissent connaître du débat qui se tient et être informés de la position prise par chacun*»<sup>1</sup>. Comme quoi les garanties peuvent être conçues de manière relative selon les cas de figure, voire les points de vue.

Il n'en reste pas moins qu'au-delà du champ d'application territorial du scrutin secret et pour ce qui est des actes visés par celui-ci, il convient de minimiser, semble-t-il, dans l'état actuel des textes et de la jurisprudence du Conseil d'Etat, en Région wallonne et en Région de Bruxelles-Capitale, l'affirmation répandue en doctrine – et parfois relayée en jurisprudence – selon laquelle le scrutin secret s'imposerait chaque fois que les conseillers communaux sont appelés à émettre un vote dans une affaire qui intéresse une ou des personnes déterminées. D'abord parce qu'aucun principe général de droit n'est de nature à modifier le texte même de l'article 100 de la Nouvelle loi communale, devenu l'article L1122-27 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation en Région wallonne, surtout depuis que les principes de publicité et de

transparence administratives sont consacrés. Ensuite parce que l'analyse de la jurisprudence montre clairement qu'en dehors de cas isolés, le Conseil d'Etat s'en tient en réalité aux hypothèses visées par le texte de loi en les interprétant tout au plus largement, parfois même par analogie, mais sans jamais en consacrer une interprétation véritablement extensive. Les cas abordés par le Conseil d'Etat, par ailleurs, se rapportent toujours à des questions liées au personnel ou au fonctionnement des institutions communales. C'est la raison pour laquelle il convient d'inviter la doctrine et la jurisprudence à éviter désormais de donner au texte commenté une portée qui n'est pas la sienne et en particulier de confondre le champ d'application du scrutin secret avec celui du huis clos. Le retour aux travaux préparatoires de l'ancienne loi communale confirme cette analyse qui, en fin de compte, favorise la sécurité juridique. La voie idéale, de ce dernier point de vue, n'en reste pas moins l'intervention explicite du législateur wallon ou bruxellois afin de préciser davantage les hypothèses énoncées, dans lesquelles le scrutin secret s'impose. Certes, il s'agit de questions de personnes, mais sous des aspects très particuliers qui pourraient davantage encore être précisés voire même, à certains égards, complétés, dans le souci d'une plus grande égalité<sup>2</sup>.

1. Proposition de décret modifiant le Code de la démocratie locale et de la décentralisation, *Doc.*, Parl. wall., sess. 2005-2006, n° 369-1, p. 3. Selon M. DE LAMOTTE, insistant surtout sur la publicité, «*le texte proposé résulte d'un équilibre qu'il a fallu essayer de rencontrer entre les intérêts des uns et des autres. Mais, en tout état de cause, les garanties décrites ci-dessus semblent tout à fait correspondre aux exigences*» (n° 369-2, p. 5). Pour «*une plus grande lisibilité et clarté*», voire même «*légitimité démocratique*» (M. CHERON, n° 369-2, pp. 6 et 10).
2. L'on songe, en particulier, à la révocation d'office et sans préavis pour abandon de poste ou encore à l'évaluation, même si cette dernière a été incluse dans le champ d'application du scrutin secret par la jurisprudence administrative, ou encore à la présentation de candidats dont la signification exacte reste floue.